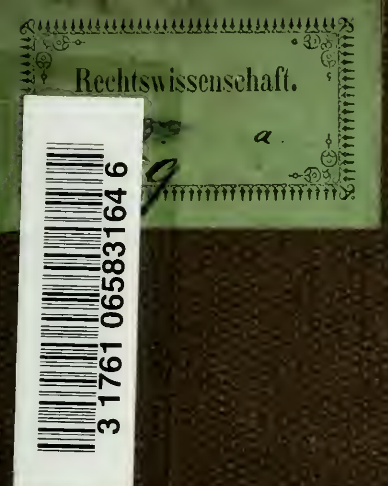

Rechtswissenschaft.
3 1761 06583164 6


BRIEF
K
0056733

Dr. C. F. Mühlenbruch's,
weiland Geheimen Justizrathes, Ritters des K. Hannoverschen Guelphen-Ordens
und des K. Preuß. Rothen Adler-Ordens dritter Classe,
ordentlichen Professors der Rechte in Göttingen,

Lehrbuch
der
Institutionen
des
Römischen Rechts.

Zweite
verbesserte und vermehrte Auflage
herausgegeben
von

Dr. Eduard Wippermann,
Professor der Rechte an der Universität Halle-Wittenberg.



Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
1847.


LIBRARY
FEB
3
1964
UNIVERSITY
OF TORONTO

Vorrede.

Seit vielen Jahren bilden die Institutionen des Röm. Rechts einen Hauptgegenstand meiner Lehrvorträge. Während meines Lehramts in Halle verband ich damit eine ausführliche Darstellung der Rechtsgeschichte, in der Art, wie dies auch auf anderen Universitäten geschah', auf manchen gegenwärtig noch geschieht. Allmählig änderte sich meine Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit einer solchen Verbindung und seitdem ich in Göttingen lehre, bin ich im Wesentlichen wieder zu der Methode zurückgekehrt, welche ich schon bei meinem ersten Auftreten als akademischer Lehrer zu befolgen suchte. Die immer seltner werdenden Vorlesungen über „Institutionen und Rechtsgeschichte" und das Entstehen besonderer Vorträge über Röm. Rechtsgeschichte neben jenen dürfte wohl beweisen, daß die Periode der vollständigen Verbindung beider ihrem Erlöschen nahe sei. Stets aber werden Institutionen-Vorlesungen eine (wenn ich mich so ausdrücken darf) historische Färbung behalten müssen. So früh wie möglich ist der Anfänger zu der Erkenntniß zu führen, daß das positive Recht eines Volks nicht das Ergebniß legislativer Weisheit ist, sondern, wie Alles in der Welt, unter den mannigfaltigsten

Einflüssen entsteht, wächst und wieder vergeht. Daß man dies blos sage, genügt nicht, es muß anschaulich gemacht werden; dies aber kann gewiß geschehen, ohne die Einmischung großer Stücke aus der politischen Geschichte Roms und ohne tiefer eingehende rechtshistorische Untersuchungen, für die der Anfänger gewöhnlich weder Empfänglichkeit besitzt, noch hinreichend vorbereitet ist. Gegen die Verbindung spricht aber außerdem noch, daß der wichtigste Zweck jedes Institutionenvortrags: dem Zuhörer eine klare und bestimmte Uebersicht aller Hauptlehren des Röm. Privatrechts zu geben, dadurch leicht ganz verfehlt wird.

Hieraus ergiebt sich von selbst, welche Aufgabe ich mir bei der Abfassung dieses Lehrbuchs gestellt habe. Inwieferne sie erreicht ist? darüber muß das Buch Zeugniß geben, das hier übrigens ungefähr in der Form erscheint, unter welcher ich seit Ostern **1834** die Institutionen vorzutragen pflege. Nur zur Rechtfertigung der gewählten Anordnung möchte noch Einiges zu sagen sein.

Gewisse Grundsätze über Aufbauung wissenschaftlicher Systeme sind so allgemein giltige, daß sie auch von dem nicht vernachlässigt werden dürfen, der sich vorgesetzt hat, einen rein positiven Stoff, gleichviel zu welchem besonderen Zwecke, systematisch zu ordnen. (M. s. hierüber den §. **28.** meines Lehrb. der Pand.) Ist aber diesen allgemeinen Regeln Genüge geschehen, so muß der Zweck, dem die Arbeit zunächst dienen soll, bei der Anordnung des Stoffs wesentlich berücksichtigt werden. Ein System der Pandekten soll den materiellen oder practischen Zusammenhang der Lehren darstellen, der Verfasser eines Institutionensystems dagegen muß zunächst darauf bedacht sein, dem, der von der Wissenschaft noch gar nichts weiß, eine leicht faßliche Uebersicht der wichtigeren Lehren zu geben und zwar vermittelst eines Fachwerks, das zugleich geeignet ist, dem Gedächtniß zu

Hilfe zu kommen, oder das Behalten des Erlernten zu erleichtern. Nach unserer freilich nur sehr unvollständigen Kenntniß von der Einrichtung größerer Rechtssysteme bei den Alten, hatte man dabei eben vorzugsweise den practischen Zusammenhang der Lehren (durch die Actionen) vor Augen, und daß auch die Compilatoren der Justinianeischen Digesten einen solchen Zusammenhang berücksichtigten, läßt sich aus einzelnen Theilen dieser Compilation ohne Mühe erkennen. (M. s. z. B. Lib. V—X. Lib. XII—XIX.) Mehr wissen wir über die Ordnung der kleineren oder Institutionen-Systeme. Hier erscheinen die Anordnungsgründe fast durchgängig als äußerliche, insbesondere aber liegt dem Institutionen-System ein zwiefaches Prinzip zu Grunde. Erstlich sind die einzelnen Lehren nach den Entstehungsgründen der Rechte zusammengestellt, ein Prinzip, das auch in dem ersten Buch der Institutionen sehr deutlich hervortritt, wenngleich die Verschiedenheit der Subjecte nach einer dreifachen Gradation der Rechtsfähigkeit dem Ganzen wieder als Träger dient. (M. vgl. den §. 55. des Systems). Sodann ist dem Institutionen-System eigenthümlich eine völlige Trennung dessen, was wir Personenrecht zu nennen pflegen, von dem Vermögensrecht. So ist von der dos erst die Rede bei den Veräußerungseinschränkungen; wie denn in der That auch eine sehr wichtige Periode für die Geschichte der Dos mit der Lex Julia beginnt, welche die Veräußerung der Dos beschränkte. Von dem Erwerbsrecht durch hausunterthänige Personen wird in einem Titel des zweiten Buchs und in zweien des dritten gehandelt, von der Verbindlichkeit des paterfamilias durch ihre Handlungen erst im vierten, und hieran knüpft sich denn eine, freilich nur beiläufige, Erwähnung der Peculien. Die Vormundschaftslehre enthält zwar schon im Personenrecht einzelne vermögensrechtliche Beziehungen (im Ti-

tel de auctor. tut.); indessen nur soviel, als nöthig war, um die Beschränkung der persönlichen Selbstständigkeit durch die Tutel anschaulich zu machen. Von den wichtigsten Geschäftshandlungen, die sich auf ein unter Vormundschaft stehendes Vermögen beziehen (Veräußerungen überhaupt und Geldversur) ist dagegen erst bei den Veräußerungseinschränkungen die Rede, von der obligatio zwischen Vormund und Pflegbefohlnen aber im Obligationenrecht.

Im Ganzen befolgt nun auch das gegenwärtige Buch dies System, worin der Verfasser bekanntlich große Vorgänger hat, wenn gleich Einiges zur Rechtfertigung dieser Ordnung in dem Buch selbst Gesagte ihm eigenthümlich sein dürfte. Daß es dem Zwecke eines ersten civilistischen Unterrichts völlig entspreche, davon hat die Erfahrung mich wenigstens überzeugt. Freilich ist damit nicht gesagt, daß es gerathen sei, wieder zu der älteren Methode zurückzukehren, d. h. die Institutionen-Lehren ganz nach der Titelfolge des Textes abzuhandeln. Die Rücksicht auf logischen und natürlichen Zusammenhang der Begriffe führt vielmehr von selbst zu einer veränderten Stellung einzelner Lehren. Ueberdies fehlen in den Institutionen ganze Materien, welche nach der jetzt bestehenden Einrichtung juristischer Studien auch dem Anfänger nicht unbekannt bleiben dürfen, mithin zu ergänzen sind. Die in dem ersten Buch der Institutionen vorgetragenen Lehren erfordern nur sehr wenige Umstellungen und Ergänzungen. Desto häufiger wird Beides bei den folgenden Lehren nöthig. Die Gegenstände der Darstellung sind hier schon complizirter; eigentliche Systematiker waren aber die Alten nicht. Bisweilen ist es schlechterdings unmöglich, den eigentlichen Grund und Zusammenhang der Stellung einzelner Lehren zu ermitteln; z. B. bei dem Titel de donationibus. Wo wir aber dies auch vermögen, da entspricht doch die Ordnung im Ein-

zelnen keineswegs den Anforderungen, die wir an ein wissenschaftliches System zu machen pflegen, und diese Unbeholfenheit in systematischer Hinsicht ist denn vielleicht auch als Grund davon anzusehen, daß manche wichtige Rechtsmaterien entweder ganz unerwähnt geblieben, oder doch nur höchst beiläufig berührt sind. Mehr systematische Einheit findet sich wieder im Obligationenrecht. Hier war der Gegenstand bei weitem einfacher, indem der Vortrag sich der Hauptsache nach auf die Obligationen mit vulgares in jus conceptae formulae beschränken sollte; denn von in factum actiones civiles ist fast gar nicht, von den eigentlichen in factum actiones (praetoriae) nur im Anhange die Rede, und offenbar nicht in der Absicht, davon eine zusammenhängende Darstellung zu geben. Allein eben dadurch werden denn auch wieder manche Ergänzungen nöthig, durch deren Einschaltung freilich das Institutionensystem theilweise eine Gestalt erhält, in welcher dessen Urheber es schwerlich wieder erkannt haben würde. In der Abweichung von diesem System bin ich übrigens nicht weiter gegangen, als die Rücksicht auf systematische Einheit und Vollständigkeit dies zu erfordern schien; denn es scheint mir kein unbedeutender Grund für die möglichste Beibehaltung der Institutionenordnung zu sein, daß der Anfänger dadurch vertrauter wird mit dem Buche, das er einstweilen als seine Hauptquelle zu betrachten hat. Daß nun ein Bedürfniß für die jetzt gewöhnliche Trennung des Familien- und Erbrechts von den übrigen Lehren bei dem Vortrag der Anfangsgründe des Civilrechts nicht vorhanden sei, ja daß man durch eine solche Trennung auf den Vortheil verzichte, die Hauptlehren nach einer einfachen Grundidee dem Anfänger fest einzuprägen, dies brauche ich nach dem Obigen nicht erst zu sagen. Doch ist dies meine Ueberzeugung; gerne lasse ich Jedem, der damit nicht übereinstimmt, die seinige.

Dem unterrichteten Leser, der es nicht verschmäht, ein bloßes Institutionen-Lehrbuch zur Hand zu nehmen, wird es nicht entgehen, daß das gegenwärtige Buch keineswegs nur eine Wiederholung des von mir bereits anderswo Gesagten enthält. Er wird den Einfluß neuerer Belehrungen auf diese Arbeit nicht verkennen, zugleich aber auch, daß da, wo ich von Anderen abgewichen bin, dies nicht geschehen ist, ohne die Gründe sorgfältig erwogen zu haben. Um hier übrigens nicht mißverstanden zu werden, wurde bisweilen eine Abweichung von der Regel nöthig, deren Beobachtung ich mir im Ganzen zur Pflicht gemacht habe, daß nämlich der Vortrag in den Institutionen durchaus kurz gehalten und frei von polemischen Einmischungen sein müsse.

Hoffentlich wird man es nicht tadeln, daß das Buch mit Ausnahme der Einleitung nur Quellencitate enthält. In Beziehung auf die Literatur der Institutionen bemerke ich noch, daß seit dem Abdruck der ersten Bogen eine zweite Auflage des Lehrbuchs von Marezoll, auch der Anfang eines neuen Lehrbuchs von Böcking erschienen ist. Ob Anderes, wovon wir nur den Anfang haben, nach Gegenstand und Zweck eines ersten civilistischen Unterrichts der Institutionenliteratur angehöre, kann erst aus den Fortsetzungen erkannt werden.

Göttingen, im März 1842.

Dr. C. F. Mühlenbruch.

Vorwort
des Herausgebers.

Den ehrenvollen Antrag der Verlagshandlung, die nöthig gewordene zweite Auflage dieses Lehrbuchs besorgen zu wollen, glaubte ich anfänglich ablehnen zu müssen. Denn, wiewohl ich früher gerade nach dem Mühlenbruchschen Compendium die Institutionen vortrug, darf ich mich doch seit meiner Berufung von Göttingen hierher nicht mehr unter die Docenten des Römischen Rechts zählen. Indessen, da ich zu gleicher Zeit in Folge schwerer Erkrankung meines, Gott Lob! nun wieder genesenen verehrten Collegen, Herrn Professors Witte, aufgefordert wurde, die von demselben angekündigten Institutionen-Vorlesungen zu übernehmen: so war mir dies eine besondere Anregung, auch die vorliegende Revision auf mich zu nehmen. — Der dabei festzuhaltende Gesichtspunkt konnte im Ganzen natürlich kein anderer sein, als lediglich dasjenige zu ändern, was muthmaßlich auch der verewigte Verfasser geändert haben würde. Am wenigsten hielt ich mich für berechtigt, an dem Systeme des Verfassers irgend zu rütteln, wenn gleich ich in meinen Vorlesun-

gen eine etwas andere, mehr dem Gajisch-Justinianeischen Systeme angepaßte Ordnung befolgte. Auf diese Weise stimmen nun namentlich, wenn auch nicht die Seitenzahlen und nicht immer die Notenzeichen, so doch die Paragraphen ganz mit denen der ersten Auflage überein. Seite **26** hätte noch des höchst elegant und correct gedruckten „Juris civilis promptuarium ad usum praelectionum" von *Ed. Laboulaye* (Leipsiae **1845**) gedacht sein sollen. Es enthält die justinianeischen Institutionen und „flores juris Antejustinianei". — Möge denn auch das vorliegende Werk sich fernerer segensreicher Wirksamkeit erfreuen!

Halle, den **15.** März **1847.**

Eduard Wippermann.

Inhalt.

Einleitung (S. 1—30.).

Das System des Römischen Privatrechts.

Allgemeiner Theil (S. 31—67.).

Einleitung.

§. 1.

I. Lehrbegriff der Institutionen des Röm. Rechts.

Unter Institutionen ist hier eine Darstellung der Grundbegriffe (prima elementa) einer Wissenschaft; unter Institutionen des Römischen Rechts eine Darstellung der Grundbegriffe dieses Rechts, und zwar vorzugsweise des Röm. Privatrechts (§. 22.) zu verstehen. Es ist aber der Zweck hierbei hauptsächlich auf Erkenntniß des Römisch-Justinianeischen Rechts gerichtet, d. h. desjenigen Rechts, welches aus dem s. g. Corpus juris civilis romani (auch wohl schlechthin: C. j. civilis oder C. j. romani) geschöpft werden kann; so bezeichnen wir nämlich eine in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts n. Chr. von dem byzantinischen Kaiser Justinian veranstaltete und durch eigene Gesetze dieses Kaisers vermehrte Sammlung und Zusammenstellung von Rechtssätzen und Verordnungen. Dieß Corp. jur. civ. besteht aus vier Theilen, die in den gangbaren Ausgaben so auf einander folgen: Institutionen, Pandekten oder Digesten, Constitutionen-Codex und Novellen (novellae constitutiones). Der Entstehungs-Geschichte und genaueren Beschreibung dieses Rechtsbuchs muß eine allgemeine Uebersicht der früheren Rechtsquellen voraufgehen.

Lehrvorträge über Röm. Recht: exegetische, dogmatische, historische. Grund der Benennung Institutionen, für den kürzeren, Pandekten, für den ausführlichen Unterricht im Röm. Recht. — Vgl. Hugo (oder Leibnitz) in Hugo's civilist. Mag. Bd. I. Abh. 2. Hugo ebend. Bd. IV. Abh. 10. Haubold ebend. Bd. V. Abh. 16. besonders S. 450 fgg.

§. 2.

II. Römische Rechtsquellen vor Justinian [1]).

A. Aelteste Zeit bis zur Zwölftafel-Gesetzgebung.

Das Recht der frühesten Zeit beruhte, wie bei allen Völkern, so auch bei den Römern nicht auf gesetzlicher Vorschrift, sondern auf Sitte und Gebrauch; doch ist schon unter den Reges die eigentliche Gesetzgebung thätig (leges Regiae) [2]). Die Revolution i. J. 244 nach Erbauung Roms (das Regifugium) hatte in sofern Einfluß auf den bestehenden Rechtszustand, als die leges Regiae in Abgang kamen [3]). Etwa 60 Jahre nach dem Regifugium aber wurde die Unsicherheit des Rechts und die Reibungen und Fehden zwischen den beiden Hauptstämmen in Rom, welche unter dem Namen der Patrizier und Plebejer bekannt sind, die Veranlassung zur Entwerfung eines umfassenden Grundgesetzes durch die decemviri legibus scribundis, welches (303—305) durch die Centuriat-Comitien bestätigt wurde, und den Namen der Leges duodecim tabularum (auch Lex decemviralis, XII tabulae) führt [4]).

1) Auf die beiden ersten Perioden und einen Theil der dritten geht ein großes Bruchstück aus einer Schrift des Röm. Juristen Pomponius in den Justinianeischen Pandekten (Lib. I. Tit. 2. de origine juris. L. 2.).

2) Unter Tarquinius Superbus soll der Pontifex Maximus Papirius die unter den Königen emanirten Curiat-Gesetze gesammelt haben (*jus civile Papirianum*): L. 2. §. 2. Dig. *de orig. jur.* Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Ueberbleibsel von den Gesetzen der römischen Könige; in dessen Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts (Leipz. 1823.) Abh. VI. S. 234 fgg.

3) L. 2. §. 3. Dig. *eod.*: Exactis Regibus lege Tribunicia, omnes leges hae exoleverunt: iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine ali, quam per latam legem.

4) Die XII Tafeln sind uns nicht erhalten. Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Leipz. 1824.

§. 3.

B. Von der Zwölftafel-Gesetzgebung bis zum Ende der freien Republik.

Die Fortbildung und allmählige Umgestaltung des in den XII Tafeln enthaltenen Rechts erfolgte **1.** durch Gesetze, wofür folgende Organe vorkommen: ***a.*** Populiscita, vorzugsweise leges genannt, in comitiis maximis s. populi (curiatis, centuriatis); ***b.*** Plebisscita, in comitiis tributis s. plebis; später auch *c.* Senatusconsulta. (§. 25.) **2.** Durch die Juristen: prudentum interpretatio [1]). **3.** Durch die Edicte der magistratus, besonders der Prätoren [2]).

1) Anfangs hatte nur das collegium Pontificum eine genauere Kenntniß der Gesetze, 449 Jahre nach Erbauung der Stadt aber veröffentlichte Gnäus Flavius, ein Schreiber des Decemvir Appius Claudius, ein Buch, worin dieser die Proceßformen geschrieben hatte, in denen nach den Gesetzen geklagt werden mußte (legis actiones, worüber unten §. 39. zu vergleichen), was man *jus civile Flavianum* nannte. L. 2. §. 6 u. 7. Dig. *de orig. jur.* Nachher machte er auch ein Verzeichniß der Tage, an welchen nicht processirt werden durfte (dies nefasti), bekannt. *Plin.* hist. nat. 33, 1. Im Jahre 552 n. E. d. St. alias composuit actiones Sextus *Aelius* Catus, was man *jus Aelianum* nannte. L. 2. §. 7. cit.

2) Der praetor urbanus (seit 389), der praetor peregrinus (erst seit 507, s. *Jo. Laur. Lydus* de magistr. reipubl. Rom. Lib. I. c. 38. 45.). — Edictum urbicum und provinciale. — Ed. novum und tralatitium (*Cic.* or. Verrin. I. 44.). — Ed. annuum (edictum, jurisdictionis *perpetuae* causa propositum).

§. 4.

C. Von dem Kaiserthum bis zum Zeitalter der sinkenden Cultur (etwa bis Constantin d. Gr., oder: Verlegung der Residenz nach Byzanz).

1. Volksschlüsse kommen wohl nur noch im Anfang dieses Zeitraums vor, unter denselben aber sehr wichtige,

insonderheit eine Doppellex, Lex Julia et Papia Poppaea genannt, aus d. J. 762 unter den Consules suffecti M. Papius Mutilus und Q. Poppaeus Secundus [1]). Desto häufiger sind aber in dieser Periode die Senatusconsulta, oft unter der Benennung orationes principum angeführt; indessen werden auch sie allmählig verdrängt durch die *constitutiones principum*, welche freilich jetzt zum großen Theil nur noch als spezielle Verfügungen (mandata) und auf bestehendes Recht fußende Entscheidungen (rescripta und decreta) erscheinen (§. 26.). — 2. Das in den Edicten enthaltene Recht, soweit es anwendbar war, wurde zuerst von dem Ritter Aulus Ofilius, einem Freunde Cäsars, geordnet [2]). Kaiser Hadrian aber ertheilte dem Prätor Salvius Julianus den Auftrag, die bisherigen prätorischen Edicte (edicta tralatitia) durchzusehen, das Brauchbare von dem Antiquirten zu sondern und zu ordnen. Diese Composition (edictum perpetuum) wurde 131 n. Chr. zu einem Senatusconsult erhoben, doch ging das Recht zu ediciren dadurch nicht unter [3]). 3. Vor Allem wichtig ist während dieses Zeitraums der Einfluß der Juristen auf das Recht, dessen Fortbildung und Anwendung. Zu der längst von ihnen geübten Autorität tritt noch eine äußerliche hinzu [4]), und unter dem Einfluß anderer günstiger Umstände wird durch sie eine eigentliche Jurisprudenz begründet; wir nennen sie deshalb die classischen Juristen [5]). Die höchste Blüthezeit dieser classischen Jurisprudenz fällt in die Periode von Hadrian (117 n. Chr.) bis Alexander Sever (235), und von Einzelnen seit Salvius Julianus sind insonderheit zu nennen: Gajus [6]), Aemilius Papinianus, Julius Paulus, Domitius Ulpianus [7]), Herennius Modestinus [8]).

1) *Heineccii* ad Leg. Jul. et Pap. Popp. comment. Amst. 1726. und öfter.

2) Ante Ofilium *Cervius* (d. i. Servius Sulpicius, des Ofilius Lehrer und Freund Cicero's.) duos libros ad Brutum, perquam brevissimos, ad Edictum subscriptos reliquit. L. 2. §. 44. Dig. *de or. jur.*

3) Haubold über die Versuche das prätorische Edict herzustellen, in Hugo's civilist. Magaz. Bd. II. Abh. 14.

4) *Gaji* institt. Lib. I. §. 7. „Responsa Prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere. *Quo-*

rum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur".

5) Secten oder Schulen der Juristen seit Augustus: a. die Sabinianer (nach Massurius Sabinus) oder Cassianer (nach Cassius Longinus); Stifter: Atejus Capito. b. Die Proculejaner (nach Proculus, also besser *Proculiani*); Stifter: Antistius Labeo. — Dirksen über die Schulen der Röm. Juristen; in dessen Beiträgen zur Kunde des R. R. (Leipz. 1825.) Abh. I.

6) Unmittelbar von ihm erhalten sind seine institutionum commentarii quatuor. Zuerst herausgegeben von Göschen Berol. 1820. Ed. III. Berol. 1842. S. auch unten die Literatur des vorjustinianeischen Rechts §. 17.

7) Unmittelbar erhalten sind die jetzt s. g. Fragmenta Ulpiani; zuerst herausgegeb. von *Tilius*. Par. 1549. Außerdem ein kleines Stück aus seinen Institutionen, welches, in Wien aufgefunden, herausgab *Endlicher* de Ulpiani institutionum fragmento. Vindobon. 1835. Siehe darüber Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw., herausgegeben von Savigny u. A. Bd. IX. Nr. I.

8) Die bisher dargestellten Perioden kann man auch bezeichnen als: Ursprung und Blütezeit des Röm. Rechts. Dabei pflegt man denn als die vier wichtigsten Rechtsquellen auszuzeichnen: die Zwölftafel=Gesetzgebung, die Lex Julia et Papia Poppaea, die libri tres juris civilis von Massurius Sabinus (s. oben Note 5.), worüber spätere Juristen commentirten, und das Edictum perpetuum: *Jac. Gothofredi* Fontes quatuor juris civilis, in unum collecti, puta Legis XII tabb. fragmenta, — legis Juliae et Papiae fragmenta, — edicti perpetui, ut et *Sabinianorum* librorum ordo seriesque. Genev. 1653. und mehrmals.

§. 5.

D. Spätere Zeit bis auf Justinian; Periode der Compilationen.

Die Fähigkeit freier geistiger Entwickelung und Anwendung des Rechts war verschwunden, den Juristen auch die Befugniß entzogen, responsa juris mit verbindender Kraft zu ertheilen [1]). Man bezog sich statt deren jetzt auf die Schriften der verstorbenen Juristen, wenigstens solcher, denen entweder das jus respondendi von den Kaisern verliehen worden, oder eine gleiche Autorität durch Herkommen oder später erfolgte kaiserliche Anerkennung zugestanden war [2]). Diese Schriften und die kaiserlichen Constitutionen waren freilich die einzigen Quellen, woraus man jetzt das Recht für die Anwendung schöpfte, allein immer noch zu umfangreich und vereinzelt, als daß eine leichte und

sichere Benutzung derselben möglich gewesen wäre; man war daher auf Mittel bedacht, diesem Uebelstande abzuhelfen. Dazu dienten nun 1. die Constitutionen-Sammlungen, oder codices [3]) constitutionum, nämlich a. zwei Privatsammlungen, Gregorianus und Hermogenianus codex [4]); b. eine unter öffentlicher Autorität (von K. Theodos II.) veranstaltete, Theodosianus codex [5]), aus 16 Büchern bestehend und i. J. 438 publizirt [6]), wozu dann noch die Novellen mehrerer Kaiser kamen. — 2. Die s. g. Citirgesetze, wodurch bestimmt wurde, auf welche Schriften von Juristen man sich, in ähnlicher Art wie früher auf die wirklichen responsa Prudentum, berufen dürfe [7]); das wichtigste dieser Gesetze ist eine Constitution aus dem Jahre 426, welche gewöhnlich dem abendländischen K. Valentinian III. zugeschrieben wird, in der That aber den oströmischen K. Theodos II. zum Urheber hat [8]). — 3. Die Sammlungen, welche zugleich Auszüge aus den Juristen-Schriften (auch wohl jus genannt) und kaiserliche Constitutionen enthielten. Eine Sammlung dieser Art wurde von K. Theodos II. beabsichtigt [9]), kam aber nicht zu Stande. Bruchstücke einer solchen, wahrscheinlich von einer Privatperson unternommenen, Sammlung sind auf uns gekommen [10]), und außerdem noch einige zu eigenthümlichen Zwecken gemachte Zusammenstellungen, deren Urheber ebenfalls unbekannt sind [11]). Eine besondere Erwähnung verdienen auch die unter den Barbaren-Königen entstandenen, für die nach Röm. Recht lebenden Bewohner des unterjochten Abendlandes bestimmten Verarbeitungen und Zusammenstellungen römischer Rechtsquellen, leges Romanae genannt [12]), nämlich a. das Edictum Theodorici, unter Theoderich, König der Ostgothen, v. J. 500 [13]), b. das s. g. Breviarium Alaricianum (v. J. 506), unter Alarich II. König der Westgothen [14]), c. die bald darauf erschienene Lex Romana Burgundionum, auch unter dem Namen Papiani responsa bekannt [15]). Für das Studium des Röm. Rechts ist die zweite Compilation die wichtigste, da sie selbstständige Stücke aus Röm. Rechtsquellen, wenngleich theilweise sehr verstümmelt und interpolirt, enthält.

1) Eine Verordnung K. Constantins aus dem J. 316 bestimmte: „Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solet et oportet et licet inspicere". (S. die erste Stelle des Titels *de legibus* in der Justinianeischen Constitutionen-Sammlung, oder: L. 1. C. *de legib.* I. 14.)

2) S. Puchta und Blume in dem Rhein. Mus. für Jurisprudenz, Bd. V. S. 145 – 149. und Bd. VI. Abh. 2.

3) Vgl. *Schulting* Jurisprud. vet. antejustin. p. 377. not. 11. Hugo Rechtsgesch. S. 1020. Note 1. d. XI. A.

4) Nur wenige Stücke dieser Sammlungen sind auf uns gekommen. S. unten die Literatur des vorjustin. Rechts §. 17.

5) Hugo Theodosianus codex, nicht codex Theodosianus, im civ. Mag. Bd. VI. Nr. 10.

6) Er ist fast ganz auf uns gekommen, indem nur die fünf ersten Bücher und der Anfang des sechsten Buches fehlen, woraus sich indessen Auszüge im breviario Alariciano (Note 11) finden. Auch wurden Fragmente der 5 ersten Bücher 1824 in Mailand und Turin entdeckt. — Ed. princeps *Jo. Sichardus*, Basil. 1528. (s. unten Note 14.). Hierauf mit einem Commentar von *Jac. Gothofredus*, Lugd. 1665. und aufs Neue von *Jo. Dan. Ritter*, Lips. 1736—1745. T. I—VI. P. 1. 2. — *C. F. C. Wenck* Cod. Theodos. Libri V priores, Lips. 1825. — S. auch unten die Literatur des vorjustin. Rechts §. 17.

7) T. 1—3. Theod. Cod. *de responsis prudentum* (I. 4.).

8) Es ist die L. 3. Theod. Cod. *de resp. prud.* (vgl. Hugo Rechtsgesch. S. 1027. Note 1. d. XI. A.). „Papiniani, Pauli, Gaji, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus, ita ut Gajum quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas —. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani atque Marcelli —. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat —".

9) L. 5. Theod. Cod. *de constitutionib. principum* (I. 1.).

10) Wir nennen sie Vaticana fragmenta, indem sie 1823 von Angelo Mai in einem codex rescriptus der Vaticanischen Bibliothek aufgefunden wurden. Sie scheinen aus der Zeit zwischen dem Hermogenianus und Theodosianus codex zu sein, und enthalten Fragmente aus Juristen und Constitutionen. Zuerst herausgegeben Rom. 1823. S. auch unten §. 17.

11) Besonders ist zu nennen die s. g. collatio legum Mosaicarum et Romanar. Zuerst herausgegeb. von *Pet. Pithoeus* (i. J. 1523). In der neuesten Ausg. (von *Fr. Blume*, Bonn. 1823) hat sie den Titel: Lex Dei.

12) v. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter, Bd. I. Cap. 3. §. 30 fgg. d. 2. A.

13) *G. F. Rhon* comment. ad edict. Theodorici regis Ostrogothorum. Hal. 1816.

14) Herausgegeb. von *Jo. Sichardus.* Basil. 1528. — v. Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalter, Bd. II. Cap. 8. §. 85.

15) *A. Fr. Barkow* Lex Romana Burgundionum. Gryphisw. 1826.

§. 6.

III. Justinians Rechtssammlungen und Gesetze[1]).

Justinian aus Illyrien (sein eigentlicher Name war Upravda) wird i. J. 527 von seinem Oheim Justinus zum Mitregenten angenommen, kommt noch in demselben Jahre zur alleinigen Regierung, erhebt seine Gemahlin Theodora zur Mitregentin und stirbt i. J. 565, alt 83 Jahre. Aus seiner Regierungsgeschichte[2]) auszuzeichnen sind: 1. die Zerstörung der Ostgothischen Herrschaft in Italien und die Wiedereroberung dieses Landes i. J. 553[3]); 2. seine Rechtssammlungen und zahlreichen eignen Gesetze. Die Sammlungen oder Compilationen waren auf zwei Hauptwerke berechnet, a. auf einen neuen codex constitutionum, und b. auf einen Auszug aus den Schriften der Juristen, juris enucleati codex, Digesta, Pandectae[4]). Begünstigt wurde das Unternehmen durch den für die damalige Zeit glänzenden Zustand des juristischen Studiums auf den Lehranstalten zu Beryt in Syrien und Constantinopel[5]); geleitet wurde es (doch nicht gleich Anfangs) durch den rechtskundigen Minister des Kaisers, Tribonian. Die an diesen und die Mitarbeiter (die s. g. Compilatoren) gerichteten Constitutionen, sowie auch die Promulgations-Patente geben nähere Auskunft über Plan und Ausführung dieser Arbeiten[6]); bemerkenswerth ist vor Allem der Auftrag: den praktischen Zweck der Compilationen vor Augen zu haben, und zu dem Ende jede beliebige Aenderung der benutzten Quellen vorzunehmen[7]). Den Anfang machte der Constitutionen-Codex; der Auftrag dazu erfolgte am 13. Febr. 528, die Bestätigung bereits am 7. April 529[8]). Als Vorbereitung und Beihülfe für das Digestenwerk diente eine Reihe von Constitutionen, wodurch juristische Streitfragen entschieden wurden; sie sind unter dem Namen der 50 decisiones bekannt und während des Zeitraums vom ersten April 530 bis 532 (also Lampadio et Oreste Css. und anno primo oder secundo post

consulatum Lampadii et Orestis) erlassen, die von Justinian selbst veranstaltete Sammlung derselben[9]) ist verloren gegangen[10]). Zur Abfassung der Digesten oder Pandekten erging am 15. Dec. 530 der Auftrag an 17 Männer, theils Professoren (antecessores), theils Praktiker[11]), und bald darauf auch der zur Entwerfung der Institutionen, oder einer kurzen Zusammenstellung der wichtigsten Rechtswahrheiten, an drei Männer (Tribonian, Theophilus, Dorotheus); am 21. Nov. 533 werden die Institutionen bekannt gemacht[12]), am 16. December die Pandekten[13]), und beide erhalten von dem 30. December desselben Jahres an gesetzliche Kraft[14]). Die frühere Constitutionen-Sammlung stellte sich aber als ungenügend heraus, weshalb Tribonian und vier Gehülfen (Dorotheus, Menna, Constantin und Johannes) den Auftrag zur Abfassung einer neuen erhielten, die auch schon am 16. Nov. 534 publicirt werden konnte[15]). Die Neueren pflegen sie wohl den Codex repetitae praelectionis zu nennen (besser: codicis repetita praelectio); die ältere Sammlung Justinians (worauf übrigens die Institutionen Bezug nehmen) ist verloren gegangen.

1) C. Spangenberg Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch, oder corpus juris civilis Romani. Hann 1817. — v. Löhr Justinians Compilation, in dem Magaz. für R. W. und Gesetzgebung (herausg von Grolman und Löhr) Bd III. Nr. 7. Dirksen Bemerkungen über Justinians Compilation, in den civilist. Abhandl. Bd. I. Nr. 3.

2) Ueber diese, und überhaupt über Justinians Leben, haben wir sehr von einander abweichende Darstellungen des nämlichen Schriftstellers, nämlich von Procopius (einem Zeitgenossen Justinians), in den Historiarum libri VIII und den (zuerst von Nic. Alemannus im J. 1653) herausgegebenen Anecdota, oder Arcana Historia; beide in griechischer Sprache.

3) Pragmatica sanctio Justiniani imp. v. J. 554. — v. Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalter, Bd. I. §. 105. S. 338 fgg. d. 2. A.

4) *Gellius* N. A. XIII. 9. — — „quos graeco titulo *πανδέκτας* inscripsit, tamquam omne rerum atque doctrinarum genus continentes". — Hugo ursprüngliche Bedeutung des Worts Digesta, im civilist. Magaz. Bd. VI. Nr. 8.

5) Ueber den dort üblichen Studienplan s. Justinians constitutio *Omnem reipublicae*, wodurch Institutionen und Pandekten den Rechtsschulen zugesandt wurden. Die römischen Studenten studirten 5 Jahre, hörten indessen eigentlich nur die ersten 3 Jahre, in jedem Jahre über zwei Werke (volumina): im erstem Jahre, wo sie Dupondii genannt wur-

den, über Gaji institutiones und die 4 besondern Lehren (libri singulares) de re uxoria, de tutelis, de testamentis et de legatis; im 2ten Jahre wurde ihnen das prätorische Edict erklärt, daher sie Edictales hießen; im 3ten Jahre hörten sie als Papinianistae über Papinians responsa; im 4ten, wo sie *λύται* hießen, lösten sie nach Julius Paulus praktische Fragen (per semet ipsos recitabant); im 5ten endlich beschäftigten sie sich als *προλύται* mit den kaiserlichen Constitutionen. Justinian aber will in der citirten const. *Omnem*, daß lediglich über seine Compilation gelesen werde, und zwar im ersten Jahre, wo auch das tam frivolum quam ridiculum cognomen „Dupondii" in Justiniani novi verwandelt werden sollte, über des Kaisers Institutionen und die 4 ersten Bücher der Pandekten (*πρῶτα*), in den folgenden Jahren aber über den Rest der Pandekten und den Codex.

6) Drei derselben (const. *Deo auctore*, const. *Tanta* und const. *Δέδωκεν ἡμῖν*) finden sich doppelt, nämlich einmal vor den Justinianeischen Digesten, sodann bilden sie einen eigenen Titel in der Justinianeischen Constitutionen-Sammlung mit der Ueberschrift *de vetere jure enucleando* (I. 17.), also L. 1. 2. 3. C. *de vet. jure enucl.*

7) Daher die s. g. interpolationes oder emblemata Triboniani.

8) S. a. die constitutitio *Haec quae necessario* de novo codice faciendo, und b. die const. *Summa reipublicae*; beide vor der (späteren) Justinianeischen Constitutionen-Sammlung.

9) Const. *Cordi nobis* (s. Note 15.) § 1. 2.

10) *Abr. Wieling* jurisprud. rest. P. II. p. 144. not. *. — Vgl. Hugo civ Mag. Bd. V. Nr. 4. Schrader civilist. Abhdl. Bd. II. S. 241. Note *.

11) Const. *Deo auctore* oder L. 1. C. *de vet. jure enucl.* (s. Note 6.)

12) S. das Prooemium der Justinianeischen Institutionen.

13) Const. *Tanta* und *Δέδωκεν de confirm. Digestorum*, oder L. 2. u. 3. C. *de vet. jure enucl.*

14) L. 2. §. 23. L. 3. §. 23. C. *de vet. j. enucl.*

15) Const. *Cordi nobis* de emendat. Codicis.

§. 7.

a. Die Institutionen.

In den institutiones juris (totius *legitimae* scientiae prima elementa nennt sie der Kaiser) führt Justinian sich selbstredend ein, obgleich meistens die Quellen buchstäblich benutzt sind. Ihnen liegen hauptsächlich die Institutionen des Gajus (s. §. 4. Note 6.) zu Grunde, demnächst sind die damit verwandten Res quotidianae desselben Juristen stark benutzt [1]), aber auch andere Schriften, sowie kaiserliche Constitutionen [2]). Sie zerfallen in vier Bücher [3]), diese in Titel, deren jeder mit einer besonderen Rubrik versehen ist [4]), und in den meisten derselben wird noch die Ein-

gangsstelle (das principium) von den folgenden Sätzen (§§.) unterschieden; doch ist diese letztere Eintheilung wahrscheinlich neueren Ursprungs. Die Sprache ist, einige Citate aus Homer und Xenophon, sowie einzelne griechische Ausdrücke abgerechnet, lateinisch. Von besonderer Wichtigkeit für Kritik und Auslegung der Justinianeischen Institutionen ist aber die griechische Paraphrase derselben von Theophilus, einem der Drei, welche die Institutionen verfaßt hatten [5]).

1) S. das Prooem. Inst. §. 6. — Vgl. Göschen über die Res quotidianae des Gajus, in der Zeitschr. für gesch. R. W. herausgegeb. von Savigny u. A. Bd. I. Nr. 4. — Der Versuch einer vollständigen Nachweisung aller für die Institutionen und die einzelnen Stellen derselben benutzten Quellen findet sich in J. H. Hermann histor. jur. Rom et Justin. oder histor. Nachricht u. s. w. (Jena 1736) S. 530—555.

2) Nicht alle in den Institutionen citirten Constitutionen finden sich in der repetita praelectio Codicis; s. hierüber Hermann a. a. O. S. 570. §. 152. *Wieling* jurisprud. rest. P. II. p. 180 sqq. Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen, §. 10. S 17 fg. (d. 8. Aufl.). — Vgl. auch oben §. 6. a. E.

3) Ueber die innere Ordnung der Institutionen vgl. *G. Th. L. Marezoll* comment. de ordine Institutionum. Goett. 1815. *F. Guil. Unger* Diss. de duorum praecipuorum jurisprudentiae apud veteres systematum tam indole quam origine (Hannov. 1834) Tit. I. — Vgl. Hugo im civ. Mag. Bd. IV. Nr. 1 u. 9. Bd. V. Nr. 15. u. S. XXVIII—XXXI. Bd. VI. S. 283—350. u. unten §. 48.

4) Die meisten älteren Ausgaben haben 99 Titel, doch giebt es nur 98; man hat nämlich, verleitet durch einen leeren Raum, der sich hinter §. 9. I. *de gradibus cognationis* (III. 6.) in den Handschriften fand und zur Aufnahme einer Stammtafel bestimmt war, aus den §§. 10—12. einen neuen Titel mit der Ueberschrift: *de servili cognatione*, gemacht. S. *Schrader* in not. critic. ad §. 10. I. *de gradib. cognat.*

5) Zuerst herausg. von Viglius von Zuichem (*Viglius Zuichemus*), Bas. 1534. Die neueste und beste Ausg. (griech. u. latein.) ist von Wilh. Otto Reitz. T. I. II. Hag. 1751.

§. 8.

b. Die Digesten oder Pandekten Justinians.

Die Pandekten oder Digesten (*Digesta* juris enucleati ex omni vetere jure collecti) sind Auszüge aus den Schriften von 39 Juristen [1]). Sie enthalten funfzig Bücher [2]) und diese zerfallen wieder in Titel [3]), mit Ausnahme jedoch

der drei Bücher *de legatis et fideicommissis* (XXX — XXXII.). In den meisten Titeln finden sich mehrere Stellen (Fragmente, gewöhnlich von den Neueren [4]) Leges genannt), manche haben aber nur eine Stelle (s. g. leges unicae). Jedes Fragment ist mit einer inscriptio legis versehen, d. h. mit einer Ueberschrift, die Anzeige des Schriftstellers und des Buchs, woraus es genommen ist, enthaltend [5]). Auch ist das Bestreben der Compilatoren sichtbar, einen materiellen, selbst periodischen Zusammenhang in die aufgenommenen Excerpte zu bringen [6]). Neben der Eintheilung der Pandekten in **50** Bücher findet sich noch die in (sieben) Partes. Pars I. (Prota) umfaßt Lib. I — IV; P. II. (de judiciis) Lib. V — XI; P. III. (de rebus) Lib. XII — XIX; P. IV. (umbilicus, Libri singulares) Lib. XX — XXVII; P. V. (de testamentis, libri singulares) Lib. XXVIII — XXXVI; P. VI. Lib. XXXVII — XLIV; P. VII. Lib. XLV — L. Am Schlusse stehen zwei allgemeine Titel: de verborum significatione (L, 16.) und de diversis regulis juris antiqui (L, 17.), gewöhnlich genannt: de regulis juris [7]). Nur wenige Stellen in den Pandekten sind griechisch [8]).

1) Es sind dies: Qu. Mucius Scaevola, L. Aelius Gallus (noch aus der Zeit des s. g. Freistaats), P. Alfenus Varus, Antistius Labeo, Sempronius Proculus, P. Juventius Celsus, Neratius Priscus, Javolenus Priscus, Aburnus Valens, Salvius Julianus, Sextus Caecilius Africanus, Terentius Clemens, Junius Mauricianus, Sext. Pomponius, L. Volusius Maecianus, Claudius Saturninus, Tarruntenus Paternus, Papirius Justus, Q. Cervidius Scaevola, Ulpius Marcellus, *Gajus*, *Aemilius Papinianus*, Qu. Sept. Florens Tertullianus, Claud. Tryphoninus, Arrius Menander, Fur. Anthianus, Rutilius Maximus, Venulejus Saturninus, *Domitius Ulpianus*, (am stärksten benutzt und nächst ihm) *Julius Paulus*, Callistratus, Aelius Marcianus, Florentinus, Licinius Rufinus, Aemil. Macer, Jul. Aquila, *Herennius Modestinus*, Aurelius Arcadius Charisius, Hermogenianus; (beide letztere nach K. Constantin d. Gr.).

2) Const. *Tanta* (oder L. 2. C. *de vet. j. enucl.*) §. 1: — „duo paene millia librorum — — et plus quam trecenties decem millia versuum — — — — in quinquaginta libros — et quod undique fuit collectum, hoc — in centum quinquaginta paene millia versuum totum opus consummantes". Vgl. L. 3. §. 1. *eod.* In 3 Jahren ward dieses „opus desperatum" (prooem. J. §. 2.) vollendet, wofür man 10 Jahre mindestens nöthig glaubte. L. 2. §. 12. *eod.*

3) Ueber die verschiedene Angabe der Titelzahl s. Spangenberg Einleit. u. s. w. S. 45. 46.

4) S. übrigens die folg. Note.

5) Const. *Tanta* (L. 2. C. *de vet. j. enucl.*) §. 10. „Tanta autem a nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo, sed unusquisque eorum, *qui auctor legis fuit*, nostris Digestis inscriptus est; hoc tantummodo a nobis effecto, ut, *si quid in legibus eorum* vel supervacuum, vel imperfectum, vel minus idoneum visum esset, vel adjectionem, vel deminutionem necessariam accipiat, et rectissimis tradatur regulis". Dahingegen hielten die Glossatoren (§. 12.) die insriptiones für unwichtig. Auf diese Weise finden sie sich nur in dem ältesten Manuscripte der Pandekten, dem Florentinischen (§. 12 Note 7.).

6) Bluhme (Blume) in der Zeitschr. für gesch. R. W. herausg. von Savigny u. A. Bd. IV. S. 291 fgg. S. 342 fgg.

7) Vgl. Hugo Lehrb. der Digesten S. 2 fgg. und Inhaltsangabe S. XVIII fg. — Ueber die innere Oekonomie oder das System der Digesten: const. *deo auctore* (L. 1. C. *de vet. j. enucl.*) §. 5. — „in libros quinquaginta et certos titulos totum jus digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis, *quam edicti perpetui imitationem*, prout hoc vobis commodius esse potuerit" —. *Sam. Benfey* Diss. de fundamentis Digestorum ordinis. Goett. 1825. *Unger* in der angef. Diss. (§. 7. Note 3.) Tit. II.

8) Griech. Excerpte sind aufgenommen aus einem Werk Papinian's de officio aedilium municipalium, und besonders aus Modestin's Schrift de excusationib. (Dig. XXVII. 1.). S. auch L. 2. Dig. *de legib.* (1 3.), L. 9. D. *ad Leg. Rhod. de jactu* (XIV. 2.) u. a. Sie finden sich indessen nur in der Florentina; die übrigen Handschriften (manuscripta vulgata) haben statt dessen eine lateinische Version aus den Zeiten der Glossatoren. — *Leop. Andr. Guadagni* Diss. ad Graeca Pandectarum. Pis. 1786. — Ueber die s. g. leges restitutae in den Digesten: Spangenberg Einleit. u. s. w. S. 56 fg.

§. 9.

c. Der neue Constitutionen-Codex.

Quellen dieser Sammlung waren die früheren Constitutionen-Sammlungen (§. 5. a. b.) und die späteren Constitutionen, worunter besonders viele eigne Constitutionen Justinians sich befinden; die früheste der aufgenommenen Constitutionen ist von Hadrian. Die Sammlung zerfällt in 12 Bücher [1]), hat übrigens viel mehr Titel wie die 50 Bücher der Digesten [2]). Jeder Titel enthält eine, meistens aber mehrere Constitutionen, vollständig oder im Auszuge, mit inscriptiones und subscriptiones, d. h. den Namen des Urhebers, sowie dessen, an den die Constitution gerichtet ist, und das Datum [3]). Griechische Stellen giebt es im Constitutionen-Codex bei weitem mehrere, wie in den

Digesten. Sie fehlen aber in den Handschriften, und wurden aus den Basiliken (§. 11) restituirt [4]).

1) Ueber das System: Hugo Rechtsgesch. XI. Ausg. S. 1085 und S. 1086 fg. Note 3. und Lehrb. der Digesten u. s. w. S. 45—47. *A. H. Oberg* de ordine, quo constitutionum codex, quem in corpore juris habemus, compositus sit, praesertim quoad eos libros, quibus hodie utimur. Goett. 1831.

2) Spangenberg Einleit. u. s. w. S. 68. Hugo Lehrb. der Digesten u. s. w. S. 47 fg.

3) Spangenberg Einleit. u. s. w. S. 146.

4) K. Witte die leges restitutae des Justinianeischen Codex. Berl. 1830. Biener u. Heimbach in der Zeitschr. für gesch. R. W. herausgegeb. von Savigny u. A. Bd. VII. Nr. 5. u 8. Bd. VIII. Nr. 2.

§. 10.

d. Die Novellen Justinians und deren Anhänge [1]).

Nach Vollendung der Sammlung erließ Justinian noch viele neue Constitutionen (*νεαραὶ διατάξεις*, novellae constitutiones), die meisten vor **545**, dem Todesjahr Tribonians, großentheils in griechischer Sprache [2]). Lateinisch sind die Nov. **9. 11. 23. 33. 35 – 37. 62. 65. 75. 104. 114. 138. 143. 150.** Lateinisch und griechisch: Nov. **17. 18. 111.** Nov. **134.** ist das lateinische Exemplar von Nov. **132.** In der auf uns gekommenen Sammlung zählen wir **168** Novellen; doch sind die vier letzten aus den Edicten der Praefecti Praetorio entlehnt, einige haben spätere Kaiser (Justinus II. und Tiber) zu Urhebern (nämlich Nov. **140. 144. 148. 149. 161. 163. 164.**), und mehrere (Nov. **32.** u. **34.**, Nov. **41.** u. **50.**, Nov. **75.** u. **104.**, Nov. **143.** u. **150.**) sind doppelt. Dagegen befinden sich zehn nicht aufgenommene Novellen Justinians in der Sammlung der XIII edicta, welche, nebst den Novellen einiger anderer byzantinischer Kaiser (worunter besonders die Novellen-Sammlung Leo's des Weisen zu bemerken), den Ausgaben des Corpus juris civilis angehängt zu seyn pflegen. Der Novellen-Sammlung nun, welche wir

als den vierten Haupttheil des Corp. jur. civ. betrachten, liegt eine lateinische Privatsammlung von 134 Novellen zu Grunde, dem größeren Theile nach Uebersetzung aus dem Griechischen, mit sehr genauer Anschließung an den Text (versio vulgata), deren Urheber und Zeitalter unbekannt ist. Die Glossatoren (s. unten §. 12.) nannten sie im Gegensatz zu der epitome Juliani (Note 2) das Authenticum (auch Authentica und liber Authenticorum), sowie die einzelnen Constitutionen Authenticae, und brachten die von ihnen für anwendbar gehaltenen 97 in IX Collationes, die übrigen (extraordinariae) bildeten einen Anhang, der wahrscheinlich in drei Bücher zerfiel, so daß also äußerlich die Novellen den XII Büchern des Constitutionen-Codex entsprachen. In der Folge behielt man die IX Collationes als formelle Grundlage der Novellen-Eintheilung bei, indem man sämmtliche Novellen, auch die später aufgefundenen, den IX Collationes nach der Zeitfolge einschaltete, wozu denn noch unter Kaiser Friedrich II. als *decima novellarum collatio* durch einen gewissen Hugolinus de Presbyteris die, unter dem Namen libri feudorum bekannte, longobardische Lehnrechtssammlung kam. Auch hatten die Glossatoren jene 97 Novellen in 98 Titel vertheilt, indem sie jedem Titel eine Novelle zuwiesen, indessen aus der Novelle VIII. zwei Titel (nämlich Tit. 2. u. 3. der zweiten Collation) machten. Uebrigens haben auch die Novellen inscriptiones und subscriptiones, sodann einen Eingang (praefatio) und einen Epilogus. Es rühren aber die Titel und Rubriken von den Glossatoren her. Die eigentliche Sanction zerfällt meistens in mehrere Capitel und diese in ein pr. und §§., welche Eintheilung aber ebenfalls, großentheils wenigstens, späteren Ursprungs ist.

1) F. A. Biener Geschichte der Novellen Justinians. Berl. 1824.

2) Wichtig für die Novellen Justinians sind a. die kurz vor des Kaisers Tode abgefaßte epitome Novellarum (in lateinischer Sprache) von Julianus, Prof zu Constantinopel. Biener a. a. O. S. 70—84 b. Eine griechische Epitome und Interpretation der Novellen von Athanasius (mit dem Beinamen Scholasticus Emisenus), unter dem Namen Anecdota herausgegeb. von *G. E. Heimbach.* T. I. II. Lips. 1838. 1840.

§. 11.

IV. Das byzantinische Recht. — Die Basiliken.

Ungeachtet zahlreicher Constitutionen der byzantinischen Kaiser nach Justinian blieb doch die Hauptquelle des im oströmischen Reich geltenden Rechts die Compilation Justinians nebst den Novellen dieses Kaisers, obgleich man sich unmittelbar wohl meistens nur der unter und nach Justinian verfaßten griechischen Bearbeitungen der Compilation [1]) bediente. Neue Bearbeitungen des Justinianeischen Rechts veranstaltete K. Basilius Macedo. Im Jahre **876** ließ derselbe mit Zugrundelegung der Justinianeischen Institutionen ein Lehrbuch unter dem Namen *Πρόχειρον τῶν νόμων* [2]) anfertigen. Nachgehend ward eine Commission niedergesetzt, um das gesammte geltende Recht in einen einzigen Codex zu bringen. Es wurde derselbe aber erst unter Basilius Sohne Leo dem Philosophen unter dem Namen *Βασιλικά* publicirt. Im **10.** Jahrhundert (wahrscheinlich nach **945**) ließ K. Constantinus Porphyrogenneta eine repetita praelectio der Basiliken (*τῶν βασιλικῶν ἀνακάθαρσις*) anfertigen. Diese ist auf uns gekommen, doch haben wir von **60** Büchern nur **36** vollständig und **7** unvollständig [3]). Auch giebt es noch zahlreiche compendiarische Bücher über das byzantinische Recht, von denen zu erwähnen sind: die *ἐκλογὴ* von Leo dem Isaurier, über hundert Jahre vor Basilius Macedo, die *ἐκλογὴ βασιλικῶν* (Synopsis Basilicorum) und das *πρόχειρον τῶν νόμων* (manuale juris) von Constantinus Harmenopulus aus dem **14.** Jahrhundert [4]).

1) Außer der Paraphrase von Theophilus (§. 7. Note 5.) und dem Werke des Athanasius (§. 10. Note 2. Nr. b.) sind uns noch Bruchstücke aus Commentarien von Justinians Zeitgenossen (von Thaleläus, Theodorus, Stephanus, Cyrillus u. A.) über die Pandekten und den Constitutionen-Codex, zum Theil aber nur mittelbar in den Scholien zu den Basiliken (s. Note 2.) erhalten, woraus wir übrigens ersehen, daß man sich an Justinians Vorschrift: man solle keine ausführlichen Commentarien schreiben, um das Recht nicht aufs Neue zu verweitläuftigen und zu verwirren (const. *Deo auctore* §. 12. und const. *Tanta* §. 21.), keinesweges band.

2) Herausgegeb. von *E. Zachariae.* Heidelb. 1837.

3) In der Ausg. der Basiliken (τῶν βασιλικῶν) von *Car. Annib. Fabrotus* (T. I – VII. Par. 1647. nebst einer latein. Version und den Scholien) ist der Versuch gemacht, den Inhalt der fehlenden Bücher aus anderen Quellen (der Synopsis u. a.) wiederherzustellen. *Guil. Otto Reitz* hat vier Bücher zuerst herausgegeben, in dem Meermanschen thes. jur. civ. et can. T. V., und *C. Witte* (Vratisl. 1826) den vollständigen Titel de div. regul. jur. antiqui. Eine neue Ausg. und Version erscheint zu Leipzig seit 1833 unter dem Titel: Basilicorum libri LX. Post Annib. Fabroti curas ope Codd. Mss. a Gustavo Ern. Heimbachio aliisque collatorum *integriores cum Scholiis* edidit, — *deperditos restituit*, translationem latinam et adnotationem criticam adjecit *Car. Guil. Em. Heimbach.* — Die Scholien sind zum größten Theile aus den Schriften der Zeitgenossen Justinians u. a. Schriftsteller vor Basilius zusammengetragen. — Vgl. Witte die leges restitutae S. 35 fg.

4) Letzteres (öfter, zuletzt in den Supplementen des Meermanschen thesaurus, herausgegeben) ist wohl am meisten beachtet und gebraucht. Biener Gesch. der Novellen S. 156 fg. — Nähere Nachrichten über die griechischen Rechtscompendien (gedruckte und ungedruckte) haben gegeben: Witte, die leges rest. S. 40 fgg., im Rhein. Mus. für Jurisprudenz Bd. II. S. 275 fgg. Bd. III. S. 23 fgg., ferner *Zachariae* in der Prolusio zu dem Procheiron (s. Note 3.).

§. 12.

V. Justinianeisches Recht im Abendlande[1]). — 1. Die Glossatoren.

Obwohl das Justinianeische Recht auch für Italien publicirt wurde, war und blieb dasselbe doch hier und in dem übrigen Abendlande bis zum zwölften Jahrhundert wenig gekannt und gebraucht [2]). Erst mit Irnerius, Lehrer der Grammatik in Bologna († vor 1140), beginnt ein lebhaftes Studium der Justinianeischen Rechtsbücher [3]). Man nennt die Lehrer dieser seitdem so berühmt gewordenen Rechtsschule zu Bologna bis auf den älteren Accursius († um das J. 1260) die Glossatoren, nach den handschriftlichen (kürzeren oder ausführlicheren) Textes-Erklärungen oder Glossen [4]), aus welchen Accursius einen commentarius perpetuus über jene Rechtsbücher zusammenstellte [5]). Sie bezeichnen zuerst das gesammte Justinianeische Recht als Corpus juris, oder C. j. civilis [6]), stellen aus den verschiedenen und zum Theil sehr fehlerhaften und lückenvollen Handschriften [7]) einen lesbaren Text her [8]), und sind wahrscheinlich Urheber der Eintheilung der Pandekten, welche sich in

den meisten jetzt bekannten Handschriften und den älteren Ausgaben findet, in das **Digestum vetus (Lib. I — XXIV. Tit. 2.)**, das **Infortiatum (Lib. XXIV. Tit. 3. — Lib. XXXVIII.)** und das **Digestum novum (Lib. XXXIX — L.)**. Der zweite Theil wird auch als **Infortiatum cum tribus partibus**, oder **Infort. et tres partes** aufgeführt, wahrscheinlich daher, weil eine Handschrift, welche den letzteren Theil enthielt, mit dem Satz tres partes (in der **L. 82. D. ad Leg. Falcid. XXXV. 2.**) anfing, dies Stück später aber bis **Lib. XXXVIII. incl.** davon getrennt und dem mittleren Theil hinzugefügt wurde, welcher daher den Namen **Infortiatum** erhielt [9]). Auch sind die Glossatoren Urheber der s. g. Authentiken, d. h. kurzer Auszüge aus den Novellen [10]) zu einzelnen Stellen der Institutionen, insonderheit aber des Constitutionen-Codex [11]), zu denen noch die s. g. **Authenticae Fridericianae** hinzukamen, nämlich eine vollständige Constitution des deutschen Kaisers Friedrich I. (**auth. *Habita* ad L. 5. C. ne fil. pro patre**) und Auszüge aus einer zweiten Constitution dieses Kaisers (**auth. *Sacramenta puberum* ad L. 1. C. si adv. vendit.**), sowie aus elf Constitutionen des Kaisers Friedrich II. [12]), welche derselbe nach Bologna sandte, ut **apparent doctores singulis legibus sub congruentibus titulis** [13]).

1) v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter, Bd. I — VI. Heidelb. 1815 — 1831. (Neue Ausg. der drei ersten Bände 1834.)

2) Beweise gelehrter Beschäftigungen mit den Justinianeischen Rechtsbüchern in vorglossatorischer Zeit enthalten unter anderen: a. die s. g. Turiner Institutionen-Glosse (v. Savigny a. a. O. Bd. II. Anh I. B.), b. *Petri exceptiones* (v. Savigny Bd. II. Anh. I. A.), c. der s. g. *Brachylogus* juris civilis. (v. Savigny Bd. II. §. 88 — 92. Neueste Ausg. von *Boecking*. Berol. 1829.)

3) Ueber die Ursachen s. v. Savigny a. a. O. Bd. III. Cap. 18. und Bd. IV. S. 17 fg.

4) v. Savigny a. a. O. Bd. III. Cap. 24., und über die ursprüngliche Bedeutung des Wortes das. S. 562 fg. d. 2. A.

5) v. Savigny Bd. V. Cap. 42. Zu merken sind unter den Glossatoren, abgesehen von Irnerius und Accursius: Bulgarus († 1166), Martinus Gosia († 1165), Hugo de Porta Ravennate († 1168), Jacobus († 1178), Azo († 1230).

6) v. Savigny Bd. III. §. 191. d. 2. A.

7) Bei den Pandekten benutzte man hauptsächlich die Pisaner Handschrift, welche sich seit dem Anfang des 15. Jahrhunderts zu Florenz befindet und jetzt unter dem Namen der Florentiner Pandekten-Handschrift be-

kannt ist. — *Henr. Brenkmann* historia Pandectarum seu fatum exemplaris Florentini. Traj. ad Rh. 1722. v. Savigny Bd. III. §. 35—38. und §. 164 fg.

8) Mit den griechischen Stellen befaßten sich die späteren Glossatoren nicht (Graeca non leguntur), weshalb sich diese Stellen in den Handschriften meistens nur in einer lateinischen Uebersetzung (s. v. Savigny Bd. IV. Cap. 35. S 341 fgg.), oder gar nicht finden. Daher die *leges restitutae*. S. oben §. 8. Note 8. und §. 9. Note 4.

9) Vgl. hierüber Hugo civilist. Magaz. Bd. III. Nr. 9. Bd. V. Nr. 1. und 18. (auch S. V X. XXXI—XL.), Bd. VI. S. 46 fgg. und Nr. 28. v. Savigny a. a. O. Bd. III. §. 157—162.

10) Sie hatten nämlich die Ueberschrift: in authentica, oder authentico. Vgl. oben die Gesch. der Novellen §. 10.

11) *F. A. Biener* historia authenticarum Codici rep. prael. et institutionib. Justiniani insertarum. Lips. 1807. v. Savigny a. a. O. Bd. III. §. 195. 196. Bd. IV. S. 39—58.

12) *Biener* l. l. §. 14—19. v. Savigny Bd. III. §. 196.

13) *Odofredus* in glossa ad auth. *Cassa*.

§. 13.

2. Gesetzliches Ansehen der Justinianeischen Rechtsbücher und Gesetze.

Die Justinianeischen Rechtsbücher wurden allmählig gesetzliches Recht für den größten Theil des gebildeten Europa's. Dazu trugen hauptsächlich bei: das Bedürfniß eines ausgebildeten Rechts, das große Ansehen der Juristen-Schule in Bologna und, für Deutschland, die Begünstigung dieses Rechts durch mehrere deutsche Kaiser [1]), sowie als äußerer Grund, daß das Römische Reich deutscher Nation als eine Fortsetzung des alten römischen Weltreichs angesehen wurde. Daher wurde es auch außerhalb Italiens Gegenstand eifriger gelehrter Forschungen und, geleitet durch die Doctrin, gewöhnte man sich leicht daran, Römische Rechtsbegriffe auf das einheimische Recht zu übertragen: Römisches Recht wurde der Mittelpunkt der Rechtswissenschaft [2]) und beherrschte die Praxis, auch ohne gesetzlich sanctionirt zu seyn. Zwar fand es, namentlich in Deutschland, auch manchen Widerspruch. Doch hatte dies nur die Erhaltung einzelner, auf deutschen Rechtselementen beruhender Institute zur Folge, konnte aber weder den bereits ins Leben übergegangenen

Gebrauch der fremden Rechtsbücher zerstören, noch dessen Fortgang hemmen. Und wenn der Kaiser Maximilian I. im J. 1495 das Cammergericht anwies, nach des Reichs und gemeinen Rechten zu richten [3]), so ergiebt sich aus anderen Gesetzen dieses Kaisers, insonderheit aber aus der, zum Theil buchstäblich auf Röm. Recht fußenden Notariatsordnung vom J. 1512, daß hierbei vorzüglich an das Röm. Recht gedacht wurde.

1) Vgl. Spangenberg Einleit. u. s. w. Th. I. Cap. 4. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. Bd. II. §. 267. 268. Bd. III. §. 440—442.

2) Von verstorbenen außeritalischen Gelehrten, die sich vorzugsweise um das Quellenstudium verdient machten, mögen hier genannt seyn: Gregor. Haloander (Hoffmann), ein Deutscher († 1531), Ant. Augustinus aus Spanien († 1585), Jac. Cujacius (Cujas) aus Frankreich († 1590), Jac. Gothofredus (Godefroi) aus Genf († 1652), Ant. Schulting aus den Niederlanden († 1734), Joh. Gottl. Heineccius (Heinecke † 1741), Chr. Gottl. Haubold († 1824), Joh. Friedr. Ludw. Göschen († 1837).

3) S. Eichhorn a. a. O. Bd. III. §. 442. Note a.

§. 14.

3. Regeln über den Gebrauch der Justinianeischen Rechtsbücher und Gesetze. a. Verhältniß derselben zum einheimischen Recht.

Das Röm. Justinianeische Recht ist, wie man sich ausdrückt, im Ganzen (*in complexu*) rezipirt. Damit soll indessen nicht gesagt seyn, daß das corpus juris civilis als Ein großes Gesetz aufgenommen worden sei, was durchaus nicht der Fall ist, sondern nur, daß der Regel nach Alles, was in demselben enthalten ist, verbindliche Rechtskraft hat, so daß, wie man sich wiederum ausdrückt, Der, welcher sich auf eine Stelle desselben beruft, ***fundatam intentionem*** für sich hat, d. h. verlangen kann, daß ihre Norm zur Anwendung komme, es wäre denn, daß die herangezogene Stelle rechtsgültig aufgehoben wurde. — Jene Regel, daß Alles, was in dem corpus juris civilis enthalten ist, auch rezipirt ist, hat jedoch folgende Ausnahmen: 1. Nur, was in dem c. j. c. von Justinian herrührt, d. h.

von ihm sanctionirt wurde, ist rezipirt. Diese Ausnahme hat indessen wieder zwei Ausnahmen, indem: a. die decima novellarum collatio und b. die von Kaiser Friedrich I. herrührende authentica *Habita* C. ne filius pro patre IV, 13. rezipirt sind. 2. Nur diejenigen von Justinian herrührenden Stellen des c. j. c. sind rezipirt, welche mit der Glosse versehen sind (quidquid glossa non agnoscit, nec forum agnoscit). Nicht glossirt aber sind: a. die novellae extraordinariae, d. h. alle Novellen, welche nicht zu den 97 in die Collationen gebrachten gehören [1]). b. Der griechische Text der ordinariae novellae, anstatt dessen die versio vulgata rezipirt ist. c. Die leges restitutae im Codex und den Pandekten, was sich freilich von selbst versteht, da sie die Glossatoren nicht kannten, überdieß sie in der Gestalt, in der wir sie haben, nicht von Justinian herrühren [2]). d. Alle griechischen Stellen in den Handschriften der Pandekten und Institutionen, anstatt deren aber die versio vulgata (§. 12. Note 8.) glossirt und somit rezipirt ist. e. Die inscriptiones der Pandektenfragmente und die inscriptiones et subscriptiones der Coderconstitutionen. Dahingegen läßt es sich 3. nicht nachweisen, daß das im c. j. c. enthaltene Staatsrecht nicht rezipirt sei, wenn gleich die meisten darauf bezüglichen Bestimmungen des Römischen Rechts um deshalb in Deutschland keine Anwendung finden können, weil das Object fehlt, worauf sie sich beziehen. — Uebrigens gilt das römische Recht bei uns nur in subsidium, d. h. soweit ihm nicht durch einheimische Rechtsquellen und Rechtsbegriffe derogirt ist, womit denn auch zusammenhängt die unmittelbare Nichtanwendbarkeit a. Römischer Rechtssätze auf einheimische Rechtsinstitute, welche das Röm. Recht nicht kennt (z. B. auf eheliche Gütergemeinschaft, bäuerliche Verhältnisse u. a.), b. solcher Röm. Rechtsinstitute und Begriffe, welche der jetzigen Zeit völlig fremd sind (als: Sclaverei, Patronatrecht u. dgl. m.).

1) Glossirt sind: nov. 1—10 (inclusive), nov. 12, 14—20, 22, 23, 33, 34, 38, 39, 44, 46—49, 51—58, 60, 61, 66, 67, 69—74, 76—86, 88—100, 105—109, 111—120, 123—125, 127, 128, 131, 132, 134, 143, 159. Vgl. Spangenberg Einl. S. 172. 173.

2) Ein Verzeichniß derselben bei Spangenberg Einl. S. 169 fg.

§. 15.
b. Verhältniß der einzelnen Theile und Stellen des Justin. Rechts zu einander [1]).

Da das corpus juris civilis nicht als Ein großes Gesetz in Deutschland rezipirt ist, vielmehr ganz in der Weise, wie es zu Justinians Zeit galt, so ist in Hinsicht von Widersprüchen, die sich in demselben finden, von Wichtigkeit, zu welcher Zeit die verschiedenen Theile desselben als verbindliche Gesetze publizirt wurden, denn der der Zeit nach jüngere gesetzgeberische Wille geht natürlich dem frühern vor (lex posterior derogat priori) [2]). — Es wurden nun aber, wie §. 6. gezeigt ist, zuerst die Institutionen durch das denselben vorgesetzte prooemium, und zwar am 21. November 533 als Eine kaiserliche Constitution bekannt gemacht [3]). Die Pandekten wurden als kaiserliche Constitution durch die const. *Tanta circa* (bez. die const. *Δέδωκεν*) am 16. December 533 confirmirt [4]), wenn gleich sie erst, und zwar zugleich mit den Institutionen, vom 30. December desselben Jahres an in verbindliche Kraft treten sollten [5]). Der Codex endlich wurde durch die sich vor demselben findende constitutio *Cordi Nobis* vom 16. November 534 zu einem einzigen kaiserlichen Gesetze erhoben, um vom 29. December desselben Jahres an in verbindliche Kraft zu treten [6]). Hiernach müssen wir bei Widersprüchen, welche durch Interpretation auf keine Weise zu beseitigen sind, die jüngere Novelle der ältern, die Novellen überhaupt dem Codex, den Codex den Pandekten und Institutionen vorgehen lassen. Pandekten und Institutionen stellt man wohl einander gleich, weil sie von demselben Tage an in Kraft treten sollten; doch möchte nicht dies Moment, sondern die Zeit der Sanction maßgebend, und hiernach die Pandekten den Institutionen vorzuziehen sein. Sollte sich auf diese Weise ein Widerspruch (Antinomie) nicht beseitigen lassen, so sind die sich widersprechenden Stellen so anzusehen, als wären sie gar nicht vorhanden, und ist lediglich nach dem sonstigen Rechte, beziehungsweise der Natur der Sache zu entscheiden [7]).

1) Thibaut civil. Abhandl. Nr. VI. Spangenberg Einleit. u. s. w. Th. II. Cap. 4. S. 185 fgg. v. Löhr in dessen und Grolmans

Magaz. für Gesetzgeb. u. R.W. Bd. III. Nr. 7. v. Savigny System des heut. Röm. Rechts, Bd. I. §. 43—45.

2) §. 11. I. *de jure nat., gent. et civ.* L. 4. D. *de const. princip.* (I. 4.). S. a. u. §. 29.

3) Vgl. d. §. 6. und d. subscriptio prooemii Inst.

4) Vgl. die subscriptio der Constitution.

5) Vgl. const. *Tanta* §. 23.

6) Vgl. const. *Cordi* §. 4.

7) Justinian (const. *Tanta* §. 15.) nimmt zwar an, daß sich in seiner Compilation Widersprüche gar nicht fänden, und sieht dieselbe in sofern als ein zusammenhängendes Ganzes an; da Dem aber die Wirklichkeit nicht entspricht, so ist es durchaus unrichtig, wenn man das im Texte herangezogene Derogationsprincip hier nicht zur Anwendung bringen will.

§. 16.

c. Anleitung zum Allegiren des *Corpus juris civilis* [1]).

Aeltere und neuere Juristen weichen hierin sehr von einander ab. Die jetzt am meisten gangbare Art zu citiren ist I. für die Institutionen: Pr. (principio) I. (institutionum) *de rerum divisione* (II. 1.). Oder: §. 3. I. *de usucapionibus* (II. 6.). Die Glossatoren pflegten statt dessen zu schreiben: inst. de usucapionibus. §. Quod autem. II. Bei dem Anführen von Pandektenstellen bedient man sich zur Bezeichnung des Hauptwerkes der Buchstaben D. (Dig.), P. (Pand.) oder π, so wie des Zeichens ff. [2]). Beispiele: L. 2. §. 3. D. *de judiciis* (V. 1.). Die Glossatoren citirten: ff. de judiciis L. consensisse §. legatis. Ferner: L. 89. D. *de leg. I.* (XXX.); sprich: L. 89. D. de legatis libro primo. (S. oben §. 8.) Die Neueren sagen häufig Statt L. (Lex): Fr. d. i. Fragmentum, wobei denn die Bezeichnung des Hauptwerkes wegfallen kann. III. Der Constitutionen-Codex wird citirt: L. 16. §. 1. C. (Codicis oder Codice) *de donationib. ante nuptias* (V. 3.), wofür die Glossatoren schrieben: C. de donat. ante nupt. L. Si a sponso. §. Quodsi (allenfalls mit dem Zusatz: Lib. V.). Die Neueren citiren hier für L. häufig: c. oder const. (i. e. constitutio), wo denn ebenfalls die Be=

zeichnung des Hauptwerkes unnöthig ist. IV. Die Novellen citirt man gewöhnlich jetzt so: Nov. (oder N.) 118. c. 3. Die Glossatoren schrieben: in authent. de heredib. ab intestato. §. (d. i. cap.) Si igitur. Colla. (collatio) IX. Tit. I. Die Authentiken werden citirt: authent. *si qua mulier* C. *ad Senatusconsult. Vellej.* (IV. 20.), oder: auth. Frideric. *Habita* Cod. *ne filius pro patre* (IV. 13.). Außerdem bemerke man folgende Abkürzungen: L. un. (L. unica, wenn sich nur eine Stelle in einem Titel findet), L. fin. oder ult. (finalis, ultima), L. penult. (penultima), L. antepenult. (antepenultima), Rubr. (rubrica), T. T. (tot. tit.), h. t. (hoc titulo oder hujus tituli), arg. L. (argumento legis, wenn eine Stelle citirt wird, die den betreffenden Fall nicht geradezu entscheidet). In den alphabetischen Titelverzeichnissen, welche vor dem Corp. jur. oder einzelnen Theilen desselben zu stehen pflegen, suche man die mit ad anfangenden unter dem Buchstaben A., die mit De anfangenden unter dem Buchstaben des folgenden Worts.

1) Thibaut civilist. Abhandl. Nr. X. Schilling Lehrb. für Instit. und Gesch. des R. Privatrechts, §. 38—42.

2) F. Kämmerer Ueber die zur Bezeichnung der Pandekten gebräuchliche Sigle ff. Rost. 1834, wo die mancherlei Ansichten über Ursprung und Bedeutung dieses Zeichens aufgezählt werden.

§. 17.

VI. Literatur:

(Schletter Handbuch der juristischen Literatur. Grimma 1842 ff.)

I. der Quellen. a. Vorjustinianeische Quellen.

1. Ueberbleibsel alter Gesetze und Senatusconsulte: *C. G. Haubold* Antiquitatis Romanae monumenta legalia extra libros juris Romani sparsa, quae — supersunt. Opus ex adversariis defuncti auctoris restituit *E. Spangenberg*. Berol. 1830. 8. — 2. Ueberbleibsel von Geschäftsurkunden: Juris Romani tabulae negotiorum solemnium modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites. Collegit — — notitiam literariam

et comment. de modo conficiendi instrumenta apud Romanos praemisit *E. Spangenberg*. Lips 1822. 8. — 3. Schriften Römischer Juristen und Constitutionen Röm. Kaiser: a. *Ant. Schultingii* Jurisprudentia vetus Ante-Justinianea. Ed. nova. Praefatus est *Ge. Henr. Ayrer*. Lips. 1737. 4. Die wichtigsten Stücke dieser Sammlung sind: die Institutionen des Gajus aus der Westgothischen Compilation (§. 5. Note 14.), die sententiae receptae von Paulus, die s. g. Fragmente Ulpians (§. 4. Note 6.), Bruchstücke aus dem Codex Gregorianus und Hermogenianus, Mosaicarum et Romanarum legum collatio (§. 5. Note 11.), Fragmentum regularum ex veteri Jurisconsulto (Fragmentum vet. Jcti de juris speciebus et manumissionib. s. Fragm. juris Romani Dositheanum, wovon besondere Ausgaben, griechisch und lateinisch, veranstaltet haben: *F. A. Schilling*, Lips. 1819, u. *Ed. Böcking*, Bonn. 1832). — b. Jus civile antejustinianeum codicum et optimarum editionum ope a societate jurisconsultorum curatum. Praefatus est *G. Hugo*. T. I. II. Berol. 1815. 1816. 8. Enthält, außer den Stücken der Schultingschen Sammlung, und anderen, auch den Theodosianischen Codex nebst den dazu gehörigen Novellen. — c. Corpus juris Romani Antejustinianei; praefat. est *Boecking*, Bonn. 1835 sqq. — Enthält außer einigen anderen in den obigen Sammlungen sich nicht findenden Stücken auch die ächten Institutionen des Gajus (§. 4. Note 5.), die s. g. Vaticanischen Fragmente (§. 5. Note 10.) und den codex Theodos. (§. 5).

§. 18.

b. Das *Corpus juris civilis* [1]).

A. Einzelne Theile des Justinianeischen Rechts. 1. Institutionen: a. Institutiones cum glossa. Mogunt. 1468. fol. (Ed. princeps). — Norimb. per Gregorium Haloandrum, 1529. 8. — ed. Jac. Cujacius, Par. 1585. 8. — ed. Fr. A. Biener, Berol. 1812. 8. — ed. Ed. Schrader, Berol. 1832. 4., wovon auch eine stereotypirte Ausg.

1836. 8. erschienen ist. (Diese Ausgabe ist als Anfang einer zu erwartenden Edition des ganzen Corp. jur. anzusehen.) Auch ist hier die Zusammenstellung der Institutionen von Gajus und Justinian (Gaji et Justiniani institutiones juris romani, Berol. 1829. 4.) von E. A. E. Klenze und Ed. Böcking zu erwähnen. — 2. Digesten: *infortiatum* (s a. et l. aber vor 1470.) fol. *Dig. vetus* Perus. 1476. fol. *Dig. nov.* Rom. 1476. fol. (Ed. princeps). — Norimb. per Greg. Haloandrum, 1529. 4. — ad archetypum Florentin. recogn. per Lael. Taurellum, edente ejus filio Francisco, Flor. 1553. fol. — 3. Constitutionen-Codex: Mogunt. 1475. fol. (Ed. princeps, die 9 ersten Bücher des Codex enthaltend. Die erste Ausg. der drei letzten Bücher erschien Rom. 1476. fol. Es findet sich darin das ganze Volumen, d. h. die Bücher X — XII des Codex und die Novellen; in den Handschriften sind gewöhnlich auch die Institutionen in dem Volumen enthalten. v. Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter, Bd. III. §. 192.). — Norimb. per Greg. Haloandrum, 1530. fol. — auctore Ant. Contio, Par. 1562 und Lugd. 1566. in fol. — 4. Die Novellen: griechisch mit einer lateinischen Version, von Greg. Haloander, Norimb. 1531. fol. — B. Gesammtausgaben; 1. glossirte: cur. Lud. Miraeo, Par. 1548—1550. in 4. (auch Corpus Augustini genannt). — Par. ap. Seb. Nivellium, 1576. fol. (in 5 Bänden). — c. not. Dion. Gothofredi, Lugd. 1589. (6 Bände in Folio). — stud. Joh. Fehii, Lugd. 1627. (Ist die letzte der glossirten Ausgaben.) — 2. Nicht glossirte: auct. Lud. Russardo, Lugd. 1560 sq. fol. und mehrmals wieder aufgelegt. — auct. Ant. Contio, Lugd. 1571. 15 Bände in 12. — stud. Jul. Pacii, Genev. 1580. fol. und 8. — Die erste Dion. Gothofredische Ausg. (Genev. 1583. 4.) führte von allen Ausgaben zuerst den Titel: *Corpus juris civilis.* (Vgl. übrigens §. 12. Note 6.) Diese Ausgaben zeichnen sich durch einen fortlaufenden, zum großen Theil aus der Accursischen Glosse compilirten Commentar zum Text aus. Auszuzeichnen ist die neue Bearbeitung von *Sim. van Leeuwen*,

Amst. 1663. fol., von welcher die besten Nachdrücke sind: Frf. 1663. 4. (Ausg. mit den verschlungenen Händen), Lips. 1720 u. 1740. in 4. — Amstelod. apud Elzevir, (ohne alle Noten) 1664. 8. (der *Pars secundus*) und 1700. 8. — Die s. g. Gebauer-Spangenbergsche Ausg. Goett. 1776. 1797. II Tomi in 4. — rec. J. L. G. Beck, T. I—II. Lips. 1825 – 1836. 8. (Auch ist ein stereotypirter Abdr. dieser Ausg. erschienen.) — Die Kriegelsche Ausg. (seit 1828 in Leipzig erschienen). Die Institutionen und Pandekten haben die Gebr. Kriegel besorgt, den Constitutionen-Codex A. Herrmann, die Novellen Ed. Osenbrüggen. — Auch dürfen die s. g. reconcinnirten Ausgaben [2]), so wie die deutsche Uebersetzung des Corpus juris civilis [3]) nicht mit Stillschweigen übergangen werden.

1) Spangenberg Einleit. u. s. w. S. 645—950. — Prodromus corporis juris civilis a Schradero, Clossio, Tafelio edendi. Berol. 1823. — *J. L. G. Beck* indic. codd. et edition. jur. Justinianei prodromus. Lips. 1823.

2) *Euseb. Begeri* corpus juris civilis reconcinnatum, P. I—III. Lips et Frf. 1767 sq. 4. — Wesentlich nur auf die Pandekten gehen: *Rob Jos. Pothier* Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae, cum legib. Cod. et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant, T. I—III. Par. 1748. fol. Lugd. 1782. fol. und in 5 Bänden Par. 1818—1820. 4. — Einen Abdruck der Pandektenstellen nach *Abr. Wieling* Jurisprudentia restituta s. index chronologicus in totum jur. Justinianei corpus, Amstel. 1727, enthält: *Car. Ferd. Hommel* palingenesia librorum juris veterum s. Pandectarum loca integra ad modum indicis Labitti et Wielingi oculis exposita, T I—III. Lips. 1767 sq.

3) Das Corpus juris civilis, ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter und herausgegeben von K. E. Otto, B. Schilling und K F. Sintenis. Bd. I—VII. Leipz. 1830—1838. 8. Eine franz. Uebers der Digesten erschien zu Paris von Hulot und Barthelot. 6 Bände 1803. 1804. 4.

§. 19.

2. Literatur der Institutionen.

A. Von den der Justinianeischen Ordnung folgenden Lehrbüchern (den Compendien in der s. g. legalen Ordnung) sind zu merken: *Jo. Ortw. Westenbergii* princip. juris secundum ordin. Institutionum. Amst. 1699. 8. — *Jo. Gl. Heineccii* Elementa juris civilis sec. ord. Instit. Amst 1825 und öfter. Von den verschiedenen Bearbeitungen dieser Institutiones Heineccianae haben am meisten

Glück gemacht, die von *Lud. Jul. Frid. Höpfner*, Goett. 1778 (zuletzt 1806) u. *Joh. Pet. Waldeck*, Goett. 1788 (zuletzt 1806). Zu der Höpfnerschen Bearbeitung gehört dessen: theoretisch-praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen. Frkf. a. M. 1783. 4. Die siebente (ebend. 1803) u. achte Ausg. (1818) mit Anm. u. Zusätzen vermehrt von Ad. Dieter. Weber. Ein unveränderter Abdr. der letzten Ausg. ist 1833 erschienen. — Theod. Maximil. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. Bresl. 1816. — *Pietro Vermiglioni* Elementi ossiano istituzioni civili di Giustiniano imperatore. Perugia 1826 bis 1829. — B. Lehrbücher in selbstgewählter (vorzugsweise s. g. systematischer) Ordnung: *C. C. Hofacker* Institutiones jur. Rom. methodo systematica adornatae. Goett. 1773. *Ejusd.* Elementa juris civilis Romanorum. Goett. 1785. 8. — Gust. Hugo Institutionen des heutigen Röm. Rechts. Berl. 1789. Oefter unter verändertem Titel (als: Lehrb. des heut. Röm. Rechts, auch: Lehrb. d. Pandekten), ed. VII. 1826. — C. G. Konopak Institutionen des Röm. R. Halle 1807. Zweite Aufl. Jena 1824. — Ferd. Mackeldey Lehrb. der Institutionen des heut. Röm. Privatrechts. Gießen 1814. Sodann öfter mit verändertem Titel (als: Lehrb. des heut. Röm. Rechts) und zuletzt von K. F. Roßhirt (XII. A.) 1842. — *H. R. Brinkmann* Institutionum juris Rom. quod ad singulorum utilitatem spectat. Goett. 1818. ed. 2. Slesv. 1822. — *L. A. Warnkönig* Institutionum juris Rom. privati Lib. IV. Leod. 1819 und ed. 3. Bonn. 1834. — G. F. Puchta Lehrb. für Institutionen-Vorlesungen. München 1829. — Joh. Jac. Lang Lehrb. des Justinianeisch Röm. Rechts. Mainz 1830. Zweite Aufl. Stuttg. 1837. — Th. Marezoll Lehrb. der Institutionen des Röm. Rechts. Leipz. 1839. Dritte Aufl. 1847. — Ed. Böcking Institutionen. Ein Lehrbuch des Röm. Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems. Bonn 1843. (Bd. I.). — G. F. Puchta Cursus der Institutionen. Bd. I. Leipzig 1841. Zweite Aufl. 1846. Bd. II. Leipz. 1842. Zweite Aufl. 1846. (Der dritte von A. F. Rudorff

besorgte Band wird in Bälde erscheinen). — Ph. H. Frd. Hänsel Handb. d. Institutionen. Bd. I. Leipz. 1842. — J. Christiansen Institutionen d. R. R. Altona 1843.

§. 20.

3. Literatur der wichtigeren Hülfswissenschaften. a. Historische.

Compendiarische Schriften A. über die s. g. äußere Rechts- oder Quellen-Geschichte: *Jo. G. Heineccii* Historia jur. civil. Rom. ac Germ. Hal. 1733, öfter und mit Anm. von *Jo. Dan. Ritter* und *Jo. Mart. Silberrad*, zuletzt Argentor. 1765. — *Jo. Aug. Bach* Historia jurisprud. Romanae. Lips. 1754, öfter und mit Anm. von *Aug. Corn. Stockmann*, zuletzt 1806. — F. W. v. Tigerström die äußere Geschichte des R. R. Berlin 1841. — B. Ueber s. g. innere Rechtsgeschichte (auch Antiquitates jur. Rom. genannt): *J. G. Heineccii* Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma sec. ord. Instit. Hal. 1719. Sehr oft aufgelegt, auch mit den Anm. späterer Rechtsgelehrter. Vorletzte Ausgabe von *C. G. Haubold*, Frf. a. M. 1822. Neueste Ausg. von *C. F. Mühlenbruch*, das. 1841. — F. W. v. Tigerström die innere Geschichte des R. R. Berlin 1838. — C. Ueber äußere und innere Rechtsgeschichte: G. Hugo Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsere Zeiten. Berl. 1790. Oefter und mit verändertem Plan (Lehrb der Gesch. des R. R. bis auf Justinian). XI. Aufl. 1832. (Dazu: F. A. Schilling Bemerk. üb. R. Rechtsgesch. Leipz. 1829). — A. Schweppe R. Rechtsgesch. u. Rechtsalterthümer. Gött. 1822. Aufl. 3. von L. A. Gründler 1832. — S. W. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts bis Justinian, Bd. I. Abth. I. II. Heidelb. 1826. Bd. III. 1829. (Dieser Band enth. die R. Prozeßgeschichte. Ein zweiter Band ist gar nicht erschienen.) — E. A. E. Klenze Lehrb. der Gesch. des R. Rechts; ein Grundriß aus den Quellen. (So lautet der Titel der zweiten Aufl. Berl. 1835. Die erste erschien 1827.) — *A. C. Hollius* Historiae juris Romani Lineamenta. Leod. 1830.

Ed. 2. Traj. ad Rh. 1840. — F. Walter Gesch. des R. R. bis auf Justinian. Bonn 1834 – 1840. 2. Aufl. 1845 fg. — H. A. A. Danz Lehrb. der Gesch. des R. R. Zwei Theile. Leipz. 1840 — 1846. (Sehr ausführl. Grundriß.) — A. F. Rudorff Grundriß zu Vorlesungen über Gesch. des R. R. Berlin 1841. — D. Schriften, welche Institutionen und Rechtsgeschichte zum Gegenstande haben: *C. G. Haubold* Institutionum jur. Rom. privati historico-dogmaticarum Lineamenta, observationib. maxime litterariis distincta. Lips. 1814. Post mortem auctoris — edidit atque additamentis auxit *C. E. Otto*. Lips. 1826. — L. Pernice Geschichte, Alterthümer und Instit. d. R. Rechts im Grundrisse. Halle 1821. Zweite Aufl. 1824. — G. C. Burchardi Geschichte u. Institutionen des R. R. Kiel 1834. (Grundriß). — F. A. Schilling Lehrb. für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts, Bd. I. Leipzig 1834. Bd. II. 1837. Bd. III. 1846. — G. C. Burchardi Lehrb. des R. R. Th. I: Staats- und Rechtsgeschichte der Römer. Stuttg. 1841. 1843. Th. II.: System und innere Geschichte des R. Privatrechts. Stuttg. 1844. 1845. — Fr. Just. Thibaut Lehrbuch der Gesch. und Institutionen des R. R. Ein Collegienheft, herausgeg. von C. J. Guyet. Berlin 1842.

§. 21.

b. Lexikographische Literatur.

Barn. Brissonii de verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione opus. Lugd. 1559. fol. u. cura *J. G. Heineccii* c. praef. *J. H. Boehmeri*, Hal. 1743. (Dazu *Jo. Wunderlich* Additamenta ad Brissonii opus de V. S. Hamb. 1778. und *A. Gu Cramer* Supplem. ad Brissonii opus de V. S. Sp. I. Kil. 1813. 4.) — *H. E. Dirksen* Manuale Latinitatis fontium juris civilis Romanorum. In usum tironum. Berol. 1837. kl. Fol. — H. G. Heumann Handlexicon zum corpus juris civilis. Jena 1846.

Das System

des

Römischen Privatrechts.

Allgemeiner Theil.

§. 22.

I. Die juristischen Grundbegriffe.

Inst. I. 1. De justitia et jure.

1. Gesetz (Lex) im juristischen Sinne ist jede durch rechtlichen Zwang zu realisirende Norm für rechtlich sittliche Zwecke [1]); insonderheit: eine auf Uebereinkunft oder Befehl beruhende Vorschrift dessen, was geschehen soll [2]). **2.** Der Begriff Recht (jus) wird a. auf den Inbegriff der Befugnisse bezogen, welche der Mensch im Zusammenleben mit Anderen ansprechen darf; man nennt es auch Recht im subjectiven Sinne. b. Auf die Erkenntnißquelle für diese Befugnisse (Recht im objectiven Sinne), in welchem Sinne der Begriff Recht mit dem von Gesetz zusammenfällt [3]). **3.** Da eine Befugniß von Anderen anerkannt werden muß, so entspricht jedem Recht eine Pflicht, welche in besonderen Verhältnissen als Verbindlichkeit erscheint. Wer Niemand beeinträchtiget und seine Verbindlichkeiten erfüllt, handelt gerecht; die wahre Gerechtigkeit aber muß auf der Achtung vor dem Rechts= und Sittengesetz beruhen: „justitia est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi" [4]). **4.** So hoch wie das Recht überhaupt (Note 3.) stellen die Römer auch den Begriff eines Rechtsgelehrten [5]) und der Rechtswissenschaft; es ist ihnen diese nicht etwa nur eine Kenntniß der rechtlichen Wahrheiten, verbunden mit der Fähigkeit sie anzuwenden, sondern:

„jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia"[6]). 5. Grundbedingung jedes eigentlichen Rechtslebens ist der Staat; aber innerhalb desselben ist wiederum das öffentliche Recht (Staatsrecht) von dem Privatrecht zu unterscheiden. Bei jenem erscheint das Gemeinwesen selbst, die organische Einheit des Volks, welche den Staat bildet, als Rechtssubject; das Privatrecht bezieht sich auf das Rechtsgebiet der einzelnen Menschen[7]). Das öffentliche Interesse ist übrigens auf mannigfaltige Art mit dem Privatrecht verzweigt; namentlich sind daraus (aus der ratio necessitatis, utilitatis) die zahlreichen Rechtsbestimmungen hervorgegangen, welche den individuellen Willen (die s. g. Privatautonomie) beschränken und daher, ungeachtet sie unmittelbar die Rechte Einzelner betreffen, auch geradezu als jus publicum bezeichnet werden[8]).

1) S. g. Legaldefinitionen von Lex im allgemeinen oder philosophischen Sinne finden sich: L. 1. u. 2. D. *de legibus* (1. 3.). S. a. *Seneca* de benef. IV, 12: „*Legem* dicimus justi injustique regulam esse".

2) L. 1. §. 6. D. *depositi* (XVI. 3.). „ – contractus *legem ex conventione* accipiunt". — L. 14. D. *qui test. fac. poss* (XXVIII 1.) — „certam *legem testamento dicere*" —. — *Cic.* de legib. I. 6: „*Lex* est ratio summa, insita in natura, quae jubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria. — — Sed quoniam in populari ratione omnis nostra versatur oratio, populariter interdum loqui necesse erit, et eam *legem*, quae scripto sancit, quod vult, aut jubendo, aut vetando, ut vulgus, appellare". — Vgl. unten §. 25.

3) Hierher gehört die Definition: „jus est ars aequi et boni", L. 1. pr. D. *de just. et jure* (1. 1.), wodurch auf die nothwendige Grundlage jedes Rechts (jeder guten Gesetzgebung, wie wir sagen) hingewiesen wird. — Es giebt auch technische Bedeutungen des Wortes jus. S. besonders L. 11. D. *de just. et jure*. — „Alia significatione jus dicitur locus, in quo jus redditur — —, ubicunque Praetor jus dicere constituit" —. S. auch oben §. 5.

4) Pr. I. *h. t.* — Vgl. *Cic.* de finib. V. 23. — „animi affectio suum cuique tribuens" —. Mit dieser Ansicht von justitia stehen in Verbindung die tria praecepta juris: „honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere"; §. 3. I. *h. t.*

5) L. 1. §. 1. D. *de just. et jure*. „Cujus (juris) merito quis nos sacerdotes appellet; justitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur — — —, veram ni fallor philosophiam, non simulatam affectantes". — Ein Jurisconsultus, im wahren Sinne des Worts, ist nicht der bloße „leguleius, — praeco actionum, cantor formularum"; *Cic.* de or. I. 55.

6) L. 10. §. 2. D. *de just. et jure*.

7) §. 4. I. *h. t.* — „Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem".

8) Z. B. L. 38. D. *de pact.* (II. 14.) „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest". — L. 3. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.) „Testamenti factio non privati, sed publici juris est". — Andere Bedeutungen von publicum jus mit privatrechtlicher Beziehung (z. B. publ. jus als das für Alle geltende Recht — L. 8. D. *de tutelis* XXVI. 1. L. 3. C. *ne uxor pro marito.* IV. 12. —, oder auch als Gegensatz von jeder privatautonomischen Verfügung — L. 29. D. *de testamentar. tut.* XXVI. 2.) sind nicht als technische zu betrachten, sondern enthalten nur besondere Anwendungen des allgemeinen Wortbegriffs.

§. 23.

II. Die Rechtsquellen nach ihrer Entstehung.

1. *Jus naturale, gentium et civile.*

Inst. I. 2. De jure naturali, gentium et civili.
Dig. I. 3. De legibus senatusque consultis et longa consuetudine.

Alles Recht eines Volks bezieht sich entweder auf solche Verhältnisse, welche die Menschen mit den Thieren gemein haben, wie z. B. die Fortpflanzung des Geschlechts, die Selbstvertheidigung u. s. w., oder auf solche Verhältnisse, welche sich mehr oder weniger bei allen Völkern finden, wie z. B. Kauf, Tausch u. s. w., oder endlich auf solche Verhältnisse, wodurch sich die einzelnen Völker von einander als national unterscheiden. Hierauf stützen die Römer die trigotomische Eintheilung ihres Rechts in ein jus naturale, welches die Natur allen lebenden Wesen gelehrt habe; jus gentium, welches das menschliche Bedürfniß in allen Staatsvereinen eingeführt habe; und jus civile Romanorum, welches das Römische Volk sich als eigenthümliches Recht constituirt habe, wie das z. B. für die, sich auf die Mancipation, in jure cessio, die Testamente, die väterliche Gewalt u. s. w. beziehenden Satzungen angenommen werden müsse [1]). Der praktische Unterschied dieser Eintheilung zeigte sich bei den Römern darin, daß nur die cives des jus civile theilhaftig waren, alle übrigen Unterthanen des römischen Staats (peregrini) dagegen lediglich nach dem rezipirten jus naturale und gentium [2]) lebten.

Der Ausdruck jus civile wird indessen in einem engern Sinne auch dem durch die Edicte und jurisdictio der Magistratus entstandenen Rechte, dem jus honorarium oder praetorium entgegengesetzt[3]), indem die Magistratus bei ihren Milderungen und Erweiterungen des alten jus civile nicht nur vorzugsweise auf die allgemeine Grundlage alles Rechts — das bonum et aequum — fußten, sondern Manches auch geradezu aus dem bei anderen Nationen geltenden Recht entlehnten[4]).

1) — — „incipientibus nobis exponere jura populi Romani — duae sunt positiones: publicum jus et privatum. — Dicendum est igitur de jure privato, quod tripertitum est, collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus. *Jus naturale* est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium. — Jus autem civile, vel gentium ita dividitur: omnes populi — partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus sibi ipse jus constituit, id ipsius civitatis proprium est; vocaturque *jus civile*, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vera naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque *jus gentium*, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. — Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium — Sic enim et jus, quo populus Romanus utitur, jus civile *Romanorum* appellatur. — Sed quoties non addimus nomen, — nostrum jus significamus. §. 2. 3. 4 I. *de just. et jur.* pr. et §. 1. et 2. I. *de jur. nat.* Vgl. L. 1. §. 2—4. L. 2—5. L. 6. pr. L. 9. D. *de just. et jure.* Daß die Eintheilung bloß auf das jus privatum bezogen wird, ist daher zu erklären, daß alle Normen des jus publicum juris civilis sind, da sie sich auf den status rei Romanae beziehen. — Mündlich über den Unterschied zwischen dem jus naturale und dem s. g. Naturrechte; dem jus gentium und dem s. g. Völkerrechte.

2) Deshalb werden beide Theile häufig unter Einem Namen, und zwar zumeist als jus naturale bezeichnet. Vgl. §. 1. u. 11. *de rer. div.*

3) L. 7. §. 1. D. *de just. et jure.* „Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia; quod et honorarium dicitur, *ad honorem praetorum sic nominatum*". — §. 7. I. *h. t.* „Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, *quod qui honores gerunt*, *id est magistratus*, *auctoritatem huic juri dederunt*".

4) In dem engsten Sinn heißt jus civile auch das alte Juristen-Recht (L. 2. §. 5. 6. 12. D. *de orig. jur.* I. 2.), nicht nur, weil es dafür an einem kurzen bezeichnenden Namen fehlte, sondern auch, weil die Juristen zur Zeit der freien Republik vorzugsweise auf Erhaltung der Eigenthümlichkeiten des alten jus civile bedacht waren.

§. 24.

2. *Jus scriptum* und *non scriptum*.

Jus scriptum (oder: quod ex scripto constat) ist das unmittelbar von der Staatsgewalt oder ihren Organen gesetzte Recht; wiefern aber die Staatsgewalt ihren Unterthanen gestattet hat, durch concludente Handlungen (Gewohnheiten) Recht zu schaffen, sprechen die Römer von jus non scriptum (jus, quod sine scripto consistit [1]). „Scriptum jus est: lex, plebisscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum" [2]). Schriftliche Satzung war bei beiden zuletzt genannten Rechtsquellen eben so gut erforderlich [3]), wie bei den übrigen zum geschriebenen Recht gehörigen, und beide hatten auch verbindende Kraft, wenngleich die der Magistratsedicte zunächst auf die Magistratur der edizirenden Obrigkeit beschränkt, die der responsa prudentum aber anderen Beschränkungen unterworfen war [4]). Damit verträgt sich übrigens die Ansicht sehr wohl, die Edicte als Quelle und Organ des Gewohnheitsrechts anzusehen; jenes, sofern die im Edict aufgestellten Sätze durch langjährige Beobachtung die Kraft eines bleibenden Rechts erhielten, dieses in Ansehung der durch dasselbe zum öffentlichen Bewußtseyn gebrachten Volksgewohnheiten [5]). Das alte Juristen-Recht aber (die interpretatio prudentum) wird ausdrücklich dem nicht geschriebenen Recht beigezählt [6]).

1) §. 3. 9. 10. I. *h. t.* L. 6. §. 1. D. *de just. et jure.* L. 2. §. 5. u. 12. D. *de orig. jur.* (I. 2.). L. 35. 36. D. *h. t.* — Vgl. *Cic.* orat. partit. c. 37. in med.

2) § 3. I. *h. t.* — *Gaji* inst. I. §. 2.

3) Das Edict wurde in *albo* aufgestellt; L. 7. pr. D. *de jurisd.* (II. 1.). Ueber die Form der responsa prudentum s. L. 2. §. 47. *versic.* Neque responsa D. *de orig. jur.*

4) S. oben §. 4. Note 4.

5) Vgl. *Cicero* de invent. II, 22.

6) L. 2. §. 5. u. 12. D. *de orig. jur.* — Daher: receptae sententiae, oder: jure civili (s. §. 23. Note 4.) receptum est; L. 24. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1.).

§. 25.

3. *Lex* und *quod legis vicem habet.*

Lex ist ursprünglich die Formel, worüber auf den Vorschlag (rogatio) eines höheren Magistratus in den comitiis populi abgestimmt wurde; vorzugsweise wird der durchgesetzte oder vom Populus genehmigte Vorschlag (lex perlata, populiscitum) Lex genannt [1]. Da aber die Vorschläge der tribuni plebis für die comitia tributa auf ähnliche Art erfolgten und den Beschlüssen der Plebs gleiche Kraft mit den Volksschlüssen beigelegt wurde [2], so hießen auch die Plebisscite leges (z. B. Lex Aquilia, Lex Cincia). Von anderen Rechtsquellen, welche die Bedeutung wahrer leges hatten, sagte man: legis vicem obtinent [3]. So von den Senatusconsulta [4], — oder orationes principum, wie sie unter den Kaisern häufig hießen [5], — den kaiserlichen Constitutionen [6], den responsa prudentum [7], dem Gewohnheitsrecht [8].

1) *Gaji* inst. I. §. 3. — §. 4. I. *h. t.*

2) *Gaji* inst. I. §. 3. — — „lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebisscita universum populum tenerent; itaque eo modo legibus exaequata sunt". — L. 2. §. 8. D. *de orig. jur.* (I. 2.).

3) L. 14. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.).

4) *Gaji* inst. I. §. 4. — Vgl. §. 5. I. *h. t.*

5) S. z. B. L. 22. D. *de her. pet.* (V. 3.). L. 1. pr. D. *de reb. eorum qui sub tut.* (XXVII. 9.). — Nämlich: ex oratione imperatoris factum senatusconsultum; *Gaji* inst. II. §. 285.

6) *Gaj.* I. §. 5. „Constitutio principis est, quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit; nec unquam dubitatum est, quin id *legis vicem* obtineat, quum ipse imperator per legem imperium accipiat". — Vgl. L. 1. pr. D. *de constit. principum* (I. 4.) „Quod principi placuit, legis habet vigorem, utpote quum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat".

7) *Gaj.* I. § 7.

8) L. ult C. *quae sit longa consuetudo* (VIII. 53.).

§. 26.

4. Die kaiserlichen Constitutionen.

Unter den Kaisern werden allmählig das wichtigste und zuletzt das einzige Organ der eigentlichen Gesetzgebung

die constitutiones principum (§. 25. Note 6.). Für diese kaiserlichen Verfügungen kommen folgende Formen und Namen vor: **1. Edicta**, später auch leges generales genannt, d. h. die öffentlich zur Nachachtung publizirten Constitutionen [1]). **2. Mandata**, d. h. Instructionen der Kaiser an ihre Stellvertreter und Beamten [2]). **3. Decreta**: Verfügungen der Kaiser in den vor ihnen als obersten Richtern im auditorio principis verhandelten Rechtssachen [3]). **4. Rescripta**, oder rescriptiones, d. h. Antwortsschreiben der Kaiser auf Bittschriften und Vorstellungen (libelli) von Privatpersonen und Communen, so wie auf Anfragen und Berichte (consulationes, relationes) der Beamten [4]). Nach ihrer Form hießen sie entweder adnotationes (auch subscriptiones) [5]), oder epistolae [6]), oder pragmaticae sanctiones, d. h. öffentlich bekannt gemachte Rescripte [7]). — Edicte und Mandate waren beziehungsweise allgemein verbindend; Rescripte nur für den betreffenden Fall, überdies sollten seit Justinian [8]) nur die, wegen Gesetzesauslegung vom Richter eingeholten Rescripte verbindend sein, und der Richter nur in diesem Falle an den Kaiser berichten und von ihm eine Declaration oder Interpretation erwarten; Decrete endlich hatten in sofern legis vigorem, als sie Endurtheile enthielten.

1) L. 3. u. 8. C. *de legib.* (I. 14.). Mündlich über die Anlehnung dieser Constitutionen an das alte magistratische jus edicendi. S. auch *Gaj.* I. 5. — § 6. I. *de jur. nat.* L. 1. D. *de const. pr.*

2) T. T. Cod. *de mandatis principum* (I. 15.).

3) L. 1. §. 1. D. *de constit. princip.* (I. 4.). — L. 3. L. 12. pr. C. *de legib.*

4) T. T. Cod. *de diversis rescriptis et pragmaticis sanctionib.* (I. 23.). *De precibus imperatori offerendis, et de quibus causis supplicare liceat, vel non* (I. 19.). *Si contra jus vel utilitatem publicam*, vel *per mendacium* fuerit *aliquid postulatum vel impetratum* (I. 22.).

5) L. 6. 7. C. *h. t.* (I. 23.) L. 1. §. 1. D. *de constit. princip.*

6) Vorzugsweise wurden die Rescripte an die Magistratus (Beamte) so genannt; *Theophilus* in paraphr. Inst. ad §. 6. I. *h. t.*

7) Vgl. const. *haec quae necessario* de novo Cod. fac. §. 2. in f. const. *Summa* de Justin. Cod. confirm. §. 4 — L. 7. §. 1. C. *h. t.* (I. 23.).

8) Nov. 113.

§. 27.

5. Das Gewohnheitsrecht.

Ein großer Theil des geltenden Rechts beruht nicht auf ausdrücklicher Vorschrift, sondern auf Sitte und Brauch [1]); es führt die Namen: Gewohnheitsrecht, mos majorum, consuetudo, jus consuetudinis, jus moribus et consuetudine inductum, comprobatum, u. a. [2]). Eine solche Rechtssitte gilt soviel als ein eigentliches Gesetz [3]), sofern sie anders vernunftmäßig ist [4]), (denn sonst kann sie auf den Namen einer Rechtssitte überhaupt keinen Anspruch machen), und nicht besondere positivrechtliche Einschränkungen nachgewiesen werden können [5]). Von selbst versteht sich übrigens, daß sie unzweifelhaft feststehen muß [6]), wenngleich nicht gerade erforderlich ist, daß sie allgemein gekannt sei. Ja die sichere Kenntniß eines großen Theils des Gewohnheitsrechts findet sich meistens nur bei den Juristen, denen die wissenschaftliche Ausbildung und praktische Anwendung dieses sowohl, als des sonst entstandenen Rechts obliegt. Dadurch ist denn allmählig auch die Erweiterung dieser Rechtsquelle (oder die Begründung neuer Gewohnheiten) großentheils den Juristen anheimgefallen; als wichtige Organe für die Feststellung und Erweiterung des Gewohnheitsrechts nennen die Römer disputatio fori und res judicatae [7]).

1) L. 40. D. *h. t.* „Omne jus aut *consensus* fecit, aut *necessitas* constituit, aut firmavit consuetudo".

2) L. 11. in f. D. *de just. et jure.* §. 9. I. *h. t.* L. 32. D. *h. t.* — *Cic.* de invent. II. 22. u. 54. *Ulpiani* Fragm. Tit. I. §. 4.

3) L. 32. §. 1. L. 33. L. 35—38. D. *h. t.* §. 9. I. *h. t.* L. 1. u. 3. C. *quae sit longa consuetudo* (VIII. 53.).

4) L. 39. D. *h. t.*

5) L. 1. pr. D. *de usuris* (XXII. 1.). — Eine solche Beschränkung enthält aber nicht die L. 2. C. *quae sit longa consuetudo*: „Consuetudinis ususve longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem".

6) L. 32. §. 1. L. 33. L. 35. D. *h. t.* L. 1. u. 3. C. *quae sit longa consuetudo.*

7) L. 2. §. 5. D. *de orig. jur.* — L. 38. D. *h. t.* (*rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*, d. i. gewissermaßen eine Usualinterpretation §. 32). — *Cic.* Top. 5. — L. 34. D. *h. t.*

§. 28.

III. Verbindungskraft der Rechtsquellen.

1. Subjective Verbindungskraft.

Die in einem Staatsgebiete geltenden Gesetze und sonstigen Rechtsnormen erstrecken ihre Wirkung regelmäßig auf alle Personen, welche dort ihren bleibenden Aufenthalt (domicilium) haben, oder einer rechtlichen Beurtheilung unterliegende Handlungen vornehmen [1]), so wie auf alle innerhalb dieses Staatsgebiets befindlichen Sachen. Doch: princeps legibus solutus est [2]). Auch ist dabei der äußere Umfang des Wirkungskreises eines positiven Rechts zu berücksichtigen, ob dasselbe nämlich eine allgemeine Giltigkeit in dem gesammten Staatsgebiet haben, oder nur für eine bestimmte Klasse von Personen oder Sachen, oder für einen besonderen Theil des Staatsgebiets gelten soll, in welcher Hinsicht die Neueren ein jus commune [3]), ein jus speciale und ein jus particulare zu unterscheiden pflegen.

1) L. 6. D. *de evictionibus* (XXI. 2.). L. 1. pr. D. *de usuris* (XXII. 1.). — *Locus regit actum.*

2) L. 31. D. *de legib.* — §. 8. in f. I. *quib. mod. test. infirm.* (II. 17.). L. 23. D. *de leg.* III.

3) Vgl. auch §. 22. Note 8.

§. 29.

2. Grund, Anfang und Dauer der Verbindungskraft des positiven Rechts.

Die Verbindungskraft des positiven Rechts beruht auf dessen legaler Existenz, so daß in der Regel Niemand sich auf Unkenntniß desselben berufen darf [1]); darauf gründet man die Regel: juris ignorantia non excusat [2]). Es beginnt aber die verbindende Kraft eines Gesetzes mit dem Moment seiner gehörigen Bekanntmachung (Promulgation) [3]), falls nicht eine vacatio legis bestimmt ist [4]); indessen auch nicht früher, denn: lex non est trahenda ad praeterita [5]). Durch eine neu entstandene, den nämlichen Gegenstand betreffende Rechtsnorm wird eine frühere auf=

gehoben (lex posterior derogat priori)[6]), ganz oder zum Theil[7]). Auch kann ein Rechtssatz seine Giltigkeit verlieren durch einen entgegenstehenden Gebrauch[8]), oder durch Wegfallen seines Gegenstandes[9]).

1) L. 9. C. *de legib.* (I. 14.). L. 12. C. *de jur. et facti ignor.* (I. 18.). — L. 2. D. *eod.* (XXII. 5.).

2) Doch giebt es manche Ausnahmen und Modificationen dieser Regel; s. z. B. L. 9. pr. und §. 1. D. *de jur. et facti ignor.* — L. 7. L. 8. in f. L. 9. §. 3. *eod.*

3) Nov. 66. c. 1. pr.

4) *Sueton.* Octav. c. 34. — Nov. 58. Nov. 66. c. 1. pr. Nov. 116. c. 1.

5) L. 7. C. *de legib.*

6) §. 11. in f. I. *de jure nat., gent. et civ.* L. 4. D. *de constit. princip.* (I. 4.).

7) *Ulpiani* Fragm. Tit. I. §. 3. „Lex aut abrogatur, i. e. prior lex tollitur, aut derogatur, i. e. pars primae legis tollitur, aut subrogatur, i. e. adjicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, i. e. mutatur aliquid ex prima lege". — L. 102. D. *de verb. sign.*

8) §. 11. I. *de jure nat., gent. et civ.* L. 32. in f. D. *de legib.* — L. 1. §. 1. D. *de interrogat. actionib.* (XI. 1.).

9) Vgl. oben §. 14 a. E. (Nr. 3. b.). — S. indessen auch L. 20. 21. D. *de legib.* „Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur".

§. 30.

IV. Inhalt und Beschaffenheit der Rechtsquellen. 1. Gebietendes Recht und dessen Gegensatz.

Gebietendes oder Zwangs-Recht kann man im Allgemeinen jede Rechtsnorm nennen, wodurch der individuelle Wille beschränkt wird, sei es durch Aufstellung einer Norm für das, was geschehen soll (Präceptivrecht), oder für das, was unterbleiben soll (Prohibitivrecht). Ist eine an sich zuläßige Handlung nur an gewisse Formen oder sonstige Bedingungen geknüpft, so nennt man es ein hypothetisches Zwangsrecht, im Gegensatz des absoluten; und hat die Nichtachtung eines Zwangsgesetzes noch ein besonderes Uebel

(poena) für den Uebertreter zur Folge, so heißt es Pönalgesetz. Den Gegensatz des Zwangsrechts bildet die große Masse von Rechtsnormen, welche nur zur Anwendung kommen, sofern die dabei interessirten Personen nicht etwas Anderes festgesetzt haben, mithin der Privatautonomie freien Spielraum lassen (s. §. 22. a. E.); man nennt sie auch wohl Permissivgesetze [1]). Auf die verschiedenen Wirkungen der ein Rechtsgeschäft betreffenden Prohibitivgesetze bezieht sich die Eintheilung der leges in perfectae, minus quam perfectae und imperfectae [2]).

1) Auf den Grund von L. 7. D. *de legib.* „Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire".

2) Vgl. die (freilich nicht vollständig erhaltene) Stelle in Ulpians Fragmenten Tit. 1. §. 1. und *Macrobius* somn. Scipion. II. 17.

§. 31.

2. Regelmäßiges und singuläres (anomales) Recht.

Wenn von einer anerkannten Rechtsregel auf besonderen Gründen beruhende Abweichungen vorkommen, so entsteht dadurch der Gegensatz zwischen dem jus commune [1]) und singulare, wovon folgender Begriff gegeben wird: „Jus singulare est, quod *contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum* est" [2]). Es fällt dieser Gegensatz keineswegs zusammen mit dem oben (§. 28.) dargestellten von jus commune und speciale, obgleich das nur für besondere Personen geltende Recht natürlich sehr gewöhnlich auch die Eigenschaft eines anomalen oder eine wahre Ausnahme begründenden haben wird [3]). Sämmtliche anomale Rechte heißen bei den juristischen Classikern auch privilegia [4]); nach einem älteren Sprachgebrach (welcher auch wieder der heut zu Tage geltende geworden ist) wurde dieser Ausdruck nur auf die individuellen oder für bestimmte Personen oder Fälle geltenden Ausnahmen bezogen [5]). Die Verfügungen, wodurch solche Ausnahmen begründet werden, heißen constitutiones personales [6]).

1) L. 15. D. *de vulg. et pup. substit.* (XXVIII. 6.). L. 37. D. *de jure fisci* (XLIX. 14.). — Vgl. auch oben §. 22. Note 8.

2) L. 16. D. *de legib.* — L. 23. §. 3. D. *de fideic. libertat.* (XL. 5.). L. 23. §. 1. L. 44. §. 1. D. *de acquir. vel amitt. poss.* (XLI. 2.). L. 44. §. 3. D. *de usurpat.* (XLI. 3.). — Nicht immer begründet aber das jus singulare ein *beneficium juris*; es giebt auch Abweichungen von einer Rechtsregel zu Jemandes Nachtheil; s. z. B. den Tit. Cod. *de Judaeis* (I. 9.). Die Neueren gründen hierauf den Unterschied zwischen privilegia favorabilia und odiosa.

3) Wie z. B. die Testamentsprivilegien der Soldaten, die besonderen Rechte der Minderjährigen u. a.

4) So: „Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; et ideo ad heredem transmittuntur, quae causae sunt, quae personae sunt ad heredem non transeunt". L. 196. D. *de regul. jur.* — Vgl. L. 1. §. 43. D. *de aqua quotid. et aestiva* (XLIII. 20.).

5) Dahin gehört die Bestimmung des XII Tafelgesetzes: *Privilegia ne irroganto.* (*Cic.* de legib. III. 4.), was Cicero so erklärt: „majores — *in privos homines* leges ferri noluerunt, id est enim privilegium"; de legib. III. 19.

6) L. 1. §. 2. D. *de constit. princip.* (I. 4.). „Plane ex his quaedam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur; nam quae princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur". — §. 6. I. *de jure nat., gent. et civ.*

§. 32.

V. Auslegung, Fortbildung und Anwendung des positiven Rechts. 1. Eigentliche Auslegung.

Eine Rechtsnorm auslegen (interpretari) heißt: den darin ausgedrückten Gedanken feststellen. Geschieht dies durch eine neue Rechtsnorm, so nennt man die Auslegung eine legale, die entweder eine authentische ist, d. h. vom Gesetzgeber selbst ausgeht [1]), oder eine usuelle, d. i. gewohnheitsrechtliche [2]). Ihr entgegengesetzt ist die doctrinelle, auf wissenschaftlicher Thätigkeit beruhende Interpretation. Grundlage derselben ist die Feststellung des auszulegenden Textes; dies ist das Geschäft der Kritik [3]), welche sowohl auf Ermittelung der Aechtheit einer Schrift, als auch auf Emendation von Fehlern oder Ausfüllung von Lücken gerichtet seyn kann. Die Interpretation hat zunächst die Worte und den buchstäblichen Sinn zum Gegenstande,

— verba legis —, sodann den wirklichen Inhalt oder die Willensmeinung des Gesetzgebers, — die voluntatis quaestio, sententia, vis et potestas, mens legis [4]). Jenes nennt man die grammatische, dieses die logische Interpretation; ein Ausdruck, der freilich nicht so verstanden werden darf, als ob diese Auslegung blos auf der Anwendung logischer Regeln beruhe, indem es noch mancher anderer Kenntnisse und Mittel bedarf, um den wahren Sinn eines Gesetzes festzustellen. Wie man aber auch die Begriffe bezeichnen möge, so beruht es doch auf der Natur der Sache und wird mit großer Bestimmtheit in den Schriften der Alten hervorgehoben (Note 4. 5.), daß der Interpret die beiden Fragen zu beantworten hat: was ist buchstäblich ausgedrückt? und: was wollte der Gesetzgeber sagen? Allerdings erscheinen grammatische und logische Interpretation in der Anwendung nicht als vollständig von einander getrennte Begriffe (d. h. beide müssen Hand in Hand gehen) und selbst im Resultat kann vollständige Uebereinstimmung vorhanden seyn. Indessen ist dies bei weitem nicht immer der Fall, indem durch die s. g. logische Interpretation häufig eine Dunkelheit, Unbestimmtheit oder Zweideutigkeit gehoben wird, auch wohl sich ergiebt, daß der Ausdruck zu beschränkt, oder umgekehrt zu allgemein gefaßt sei, mithin im ersteren Fall in einer weiteren Bedeutung verstanden werden müsse (s. g. Extensivinterpretation), im zweiten Falle dagegen in einer engeren (s. g. Restrictivinterpretation). Fehlt es nun an einer Uebereinstimmung, so geht allemal das mit Sicherheit zu ermittelnde Resultat der auf die voluntatis quaestio gerichteten Interpretation der buchstäblichen vor [5]).

1) L. 9. in f. L. 12. §. 1. C. *de legib.* (I. 14.). Nov. 113. c. 1. pr. in f.

2) L. 37. 38. D. *de legib.* S. o. §. 27. Note 7.

3) Auch schon bei den Alten wurde die Kritik geübt. S. z. B. *Gellius* noct. Attic. Lib. I. c. 7.

4) L. 47. in f. D. *soluto matrim.* (XXIV. 3.) — „ex mente legis" —. L. 13. §. 2. in med. *de excusat.* (XXVII. 1.). — L. 17. D. *de legib.* „Scire leges non est verba earum tenere, sed vim et potestatem". — L. 19. D. *ad exhib.* (X. 4.). — L. 6. §. 1.

D. *de verb. sign.* „Verbum *ex legibus* sic accipiendum est, *tam ex legum sententia, quam ex verbis*". — Vgl. *Quintil.* instit. orat. Lib. XII. c. 1. und die folg. Note.

5) L. 7. §. 2. D. *de supell. leg.* (XXXIII. 10.) „— prior et potentior est quam vox mens dicentis" —. L. 96. D. *de reg. jur.* — *Auct.* ad *Herenn.* II. 10. — „calumniatoris esse officium, verba et literas sequi, negligere voluntatem". — *Gell.* noct. Att. XI. 12. — S. übrigens L. 25. §. 1. *de legat.* III. „Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio".

§. 33.

2. Erweiterung oder Fortbildung des positiven Rechts (Analogie).

Der Interpret hat sein besonderes Augenmerk auf Ermittelung der ratio legis [1]) zu richten. Von den mancherlei Bedeutungen dieses Ausdrucks kommen vorzüglich folgende in Betracht: a. der äußere Veranlassungsgrund des Gesetzes; b. der durch das Gesetz beabsichtigte Zweck, oder das Prinzip der Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit, wodurch der Gesetzgeber zu seiner Verfügung bestimmt wurde; c. die höhere Rechtsregel, oder der juristische Grundgedanke, aus welchem die gesetzliche Bestimmung hervorgegangen ist. Alle drei können dazu dienen, den eigentlichen Inhalt des Gesetzes, oder das, was der Gesetzgeber zunächst ausdrücken wollte, zu erkennen. Von besonderer Wichtigkeit ist aber der dritte Begriff; was aus ihm mit völliger Sicherheit gefolgert werden kann, gilt soviel, als wäre es in dem Gesetze ausgedrückt [2]), falls nicht der Gesetzgeber befiehlt, bei dem Ausdruck stehen zu bleiben [3]), oder eine solche Beschränkung aus der Beschaffenheit des Gesetzes von selbst folgt, wie der Fall ist bei jura singularia [4]), oder wenn ein früheres Gesetz durch ein späteres nur theilweise aufgehoben wird [5]). Eine Erweiterung nun des unmittelbaren Inhalts eines Gesetzes nach der ratio legis nennt man Analogie; mittelst ihrer kann das Gesetz auch auf neuentstandene Zustände und Verhältnisse bezogen werden, mithin auf solche Fälle, an die der Gesetzgeber noch gar nicht denken konnte [6]). — Bei den Römern erfolgte diese analogische Erweiterung oder Fort=

bildung des Rechts, unter dem Namen interpretatio [7]), hauptsächlich durch Fictionen und utiles actiones [8]).

1) Davon ist zu unterscheiden, was die Römer *ratio juris* oder *tenor rationis juris* nennen, indem darunter die leitenden Principien des Rechtes oder eines einzelnen Rechtsinstituts (§. 31.) verstanden werden. Ebenso hat man sich zu hüten mit ratio legis die *voluntas legis*, *mens legis*, mens legislatoria, d. i. den Sinn des Gesetzes zu vermengen.

2) L. 10 – 13. D. *de legib.* — — „Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi, sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere et ita jus dicere debet". (L. 12. D. *de legib.*). — *Ulp.* Fragm. Tit. XI. §. 3. — „per eminentiam legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu *propalam*, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni".

3) S. z. B. Nov. 115. c. 3.

4) L. 14. D. *de legib.* L. 162. D. *de reg. jur.*

5) arg. L. 32. §. fin. C. *de appellat.* (VII. 62.). Nov. 20. c. 9.

6) L. 26. 27. D. *de legib.* — „Ubi eadem legis ratio, ibi et eadem legis dispositio". Z. B. den juristischen Grundgedanken, worauf die alte legitima tutela beruhete: ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona (L. 1. pr. in f. D. *de legitima tut.* XXVI. 4.) wandte man auf Successionsverhältnisse an, die erst später aufgekommen waren. Ueber das Wahre und Falsche der entgegengesetzten Regel: „cessante ratione legis cessat lex ipsa" mundlich.

7) L. 2. §. 5. u. 12. D. *de orig. jur.* L. 13. D. *de legib.*

8) *Gaji* inst. IV. §. 10. §. 32—38. *Ulp.* Fragm. Tit. XXVIII. §. 12. — L. 21. D. *de praescript. verb.* (XIX. 5.). — S. auch unten §. 42.

§. 34.

3. Anwendung des positiven Rechts.

Einen Rechtssatz anwenden heißt im Allgemeinen: ihn auf einen — gedachten oder wirklich vorgekommenen — Fall beziehen, oder auch: den Fall unter denselben subsumiren. In diesem Sinne gehört auch die **Analogie** (analogische Anwendung) ihrem ganzen Umfange nach (d. h. sie mag für theoretische oder praktische Zwecke geübt werden) zur Anwendung. Insbesondere aber versteht man darunter das Geschäft des praktischen Juristen, welches die richtige Erkenntniß und gehörige Behandlung eines vorkommenden Falles zum Gegenstande hat [1]). Die Function des prakti-

schen Juristen läßt sich aber auf zwei Hauptthätigkeiten zurückführen: 1. auf Verleihung rechtlichen Beistandes und Schutzes, — durch Ertheilung von Rechtsgutachten, durch gerichtliche Vertretung, durch Entwerfung von Rechtsgeschäften [2]); 2. auf das Rechtsprechen. Uebrigens gehörte ursprünglich weder die jurisdictio noch das judicare zur Thätigkeit eines Juristen [3]). Später änderten sich hierin die Begriffe und Ansichten [4]).

1) Quaestio facti — quaestio juris.

2) *Cic.* de orat. I. 48. in f. „Sin autem quaereretur, quisnam juris consultus vere nominaretur? eum dicerem, qui legum et consuetudinis ejus, qua privati in civitate uterentur, et *ad respondendum*, et *ad agendum*, et *ad cavendum* peritus esset". — *Id.* or. pro Mur. c. 9. „Servius — — urbanam militiam *respondendi, scribendi, cavendi* — — secutus est". — Vgl. L. 1. §. 2. D. *de postulando* (III. 1.). „Postulare est disederium suum, vel amici sui in jure apud eum, qui jurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere".

3) Die jurisdictio gehörte zum officium magistratus; L. 1—3. D. *de jurisdictione* (II. 1.). Auch die judices brauchten nicht Rechtsgelehrte zu seyn.

4) S. die Rubrik und den Inhalt des Codextitels: *de jurisdictione omnium judicum* (III. 13.). — S. auch Nov. 82. pr.

§. 35.

VI. Recht im subjectiven Sinne. 1. Wesen und Grundbedingungen aller Rechte.

Ein Recht im juristischen Sinne ist eine Befugniß, deren Realisirung durch rechtlichen Zwang möglich ist. Jedem Recht muß also eine erzwingbare Pflicht entsprechen (§. 22. Nr. 3.), sey diese eine allgemeine oder negative, nämlich die Pflicht aller Menschen, den Rechtskreis Anderer zu achten, oder habe sie ihre Wurzel in besonderen Beziehungen, wodurch Mehrere mit einander in einem Rechtsverhältnisse stehen; man gründet hierauf eine Unterscheidung der Rechte in absolute und relative. Jede pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung ist eine Rechtsverletzung, injuria im weiteren Sinne [1]). Grundbedingungen aller Rechte aber sind: 1. ein rechtsfähiges Subject (persona); 2. ein geeignetes Object, d. h. was kraft eines Rechts möglich seyn soll (der

Stoff, der Inhalt einer Befugniß) muß Gegenstand einer rechtlichen Herrschaft seyn können; 3. ein natürlicher oder juristischer Begründungsact des Rechts. Nur hierüber ist in der folgenden Darstellung etwas zu sagen.

1) Pr. Inst. *de injur.* (IV. 4.). „Generaliter injuria dicitur *omne quod non jure fit*".

§. 36.

2. Begründung und Erlöschen der Rechte.

Alle Rechtsverhältnisse entstehen entweder unmittelbar durch das Gesetz; oder mittelbar durch das Gesetz (fundamentum remotum), unmittelbar durch Thatsachen (fundamentum proximum), an welche das Gesetz das Entstehen des Rechts knüpft. Solche Thatsachen nun können bestehen in 1) Handlungen, welche dann wiederum a) Rechtsgeschäfte seyn können, oder b) unerlaubte Handlungen (maleficia, delicta); 2) Facta. Die Rechtsgeschäfte endlich werden entweder durch Occupation (das Wort in seinem weitern Sinne genommen), oder durch Uebertragung (alienatio, translatio), welche dann wieder eine einseitige (z. B. letztwillige Zuwendung) oder eine zweiseitige (Vertrag) seyn kann, begründet. — Rechtsverhältnisse, welche entstanden sind, dauern so lange fort, bis ein Umstand eintritt, welcher sie rechtskräftig wieder aufhebt. Als allgemeine Erlöschungsgründe sind hier zu merken: Gesetz [1]), Verzicht (renuntiatio), und Ablauf der Zeit, wenn eine solche festgesetzt wurde (jus revocabile) [2]). Eine, unter den Gesichtspunkt der Alienation [3]) fallende, Thatsache, durch welche, wenn auch nicht alle, so doch eine Mehrzahl von Rechtsverhältnissen sowohl erworben als verloren werden kann, ist die Verjährung. Wir verstehen aber unter Verjährung eine durch Zeitablauf begründete Rechtsveränderung [3]). Man nennt sie jetzt gewöhnlich schlechthin Praescriptio [3]) und unterscheidet eine s. g. praescriptio adquisitiva und eine s. g. pr. extinctiva, jenachdem ihre nächste und unmittelbare Wirkung sich äußert als Erwerb eines Rechts [4]), oder als Befreiung von Ansprüchen [5]). Regelmäßig ist das

Verjährungsrecht bedingt durch den Ablauf einer gesetzlich fest bestimmten Zeit; es wird aber auch einem über Menschen Gedenken hinaus gedauerten Rechtszustand die Wirkung zugeschrieben, als ob derselbe rechtlich begründet wäre[8]). Die Neueren gründen hierauf die Unterscheidung der s. g. praescriptio definita und indefinita (Immemorialverjährung).

1) L. 1. pr. D. *de const. Princ.* „Quod Principi placuit, legis habet vigorem". Doch kann nur durch *generalis* Sacra constitutio ein erworbenes Recht gebrochen werden. L. 6. C. *si contra jus* (1. 22.). L. 7. C. *de prec.* (I. 19.).

2) Mündlich über den Unterschied zwischen jus revocabile ex tunc und ex nunc.

3) L. 28. D. *de V. S.*

4) Als Grund der Einführung der Verjährung wird angegeben L. 1. D. *de usurp. et usuc.* (XLI. 3.): „Bono publico usucapio introducta est, *ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent*, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium". — L. 5. pr. in f. D. *pro suo* (XLI. 10.) — „*ut aliquis litium finis esset*". S. a. Note 7. und L. 3. C. *de ann. exc.* (VII. 40.).

5) Eigentlich: longi temporis praescriptio, d. h. der aus dem Zeitablauf hergenommene Einwand gegen einen Anspruch. — Vgl. unten §. 43. Note 3. 4.

6) Hauptart: Ersitzung, usucapio.

7) Hauptart: actionum praescriptio (§. 42.); z. B. L. 39. §. 5. D. *ad Leg. Jul. de adulter.* (XLVIII. 5.). „Praescriptione quinque annorum crimen — — non excluditur".

8) L. 2. pr. D. *de aqua et aquae plur. arc. act.* (XXXIX. 3.). — „*vetustas*, quae semper pro lege habetur, *minuendarum scilicet litium causa*".

§. 37.

3. Insbesondere von Rechtsgeschäften.
a. Inhalt derselben.

Der Inhalt der Rechtsgeschäfte richtet sich nach ihrem Zwecke, ist mithin so mannigfaltig, wie die Zwecke es sind, welche sich durch Privatwillkühr erreichen lassen. Im Allgemeinen aber unterscheidet man die Geschäfte unter Lebenden und die auf den Todesfall[1]), sodann, die onerosen und liberalen[2]). Auch ist der hauptsächliche Gegenstand oder Inhalt des Rechtsgeschäfts von den Nebenbestimmungen zu un=

terscheiden. Zu diesen gehören insonderheit die Modalitäten des Geschäfts: Bedingung, Zeitbestimmung, Modus im engeren Sinne [3]). 1. Bedingung (conditio) in der weiteren Bedeutung ist Alles das, wovon die Giltigkeit und Wirksamkeit eines Rechts abhängt [4]); hier verstehen wir darunter die Nebenbestimmung eines Rechtsgeschäfts, wodurch das Recht aus demselben von einem künftigen noch ungewissen Thatumstande abhängig gemacht wird [5]). Durch die Bedingung wird entweder der Anfang des Rechts hinausgeschoben, oder es ist von ihrem Eintritt das Wiederaufhören desselben abhängig gemacht; im ersten Fall nennt man sie eine Suspensivbedingung, im zweiten eine Resolutivbedingung [6]). Außerdem sind zu unterscheiden: a. die casuellen, potestativen und gemischten Bedingungen [7]); b. die möglichen und unmöglichen [8]), auch physisch unmögliche genannt; c. die nach Begriffen des Rechts, der Sitte und des Anstandes zulässigen und unzulässigen [9]), s. g. moralisch unmögliche Bedingungen. **2.** Eine Zeitbestimmung kann, auf ähnliche Art wie die Bedingung, entweder als Anfangstermin (ex die, s. g. terminus a quo), oder als Endtermin (ad diem, s. g. terminus ad quem) festgesetzt seyn [10]). **3.** Modus im e. S. ist jede mit der Begründung eines Rechts verbundene außerordentliche (d. h. zu dessen Natur an sich nicht gehörige) Gebrauchs-Beschränkung oder Belästigung [11]).

1) L. 1. pr. D. *de adsignand. libert.* (XXXVIII. 4.). — „qui — manumisit inter vivos, vel testamento" —. L. 27. D. *de mort. causa donat.* (XXXIX. 6.).

2) L. 13. §. 15. D. *de act. emti vend.* (XIX. 1.). L. 17. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.).

3) Denn s. L. 92. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.). L. 44. §. 3. D. *de obl. et act.* L. 72. D. *de fidejussorib.* (XLVI. 1.).

4) L. 6. §. 2. D. *de contrah. emt.* (XVIII. 1.). — L. 68. D. *de jure dot.* (XXIII. 3.).

5) §. 4. I. *de verb. obl.* (III. 15.). L. 39. D. *de reb. cred.* (XII. 1.). — Vgl. §. 6. I. *de verb. obl.*

6) L. 2. L. 4. pr. D. *de in diem addict.* (XVIII. 2.). L. 3. D. *de contr. emt.* — L. 15. §. 4. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.). — „vel ex conditione, vel in conditionem".

7) L. un. §. 7. C. *de cod. toll.* (VI. 51.).

8) §. 11. I. *de inutilib. stipul.* (III. 19.).

9) L. 137. §. 6. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.). L. 9. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.).

10) L. 34. §. 1. D. *de hered. inst.* L. 44. §. 1. D. *de obl. et act.*

11) S. z. B. L. 56. D. *de contr. emt.* L. 17. §. 4. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1.). L. 71. pr. D. *eod.* T. T. Cod. *de donat. quae sub modo* (VIII. 55.).

§. 38.

b. Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts; α. allgemeinrechtliche.

Jedes Rechtsgeschäft erfordert zu seiner Giltigkeit: **1.** Willensfähigkeit [1]) und Rechtsfähigkeit [2]) der handelnden Subjecte; **2.** einen der Privatdisposition unterworfenen Gegenstand [3]); **3.** eine freie, ernstlich gemeinte und deutlich ausgedrückte Willenserklärung. a. Die Freiheit der Willenserklärung wird gehindert: durch Zwang — vis, metus [4]), und durch Irrthum, mag dieser durch Betrug und Hinterlist veranlaßt sein — dolus [5]), oder auf Selbsttäuschung beruhen, vorzugsweise Irrthum genannt [6]). b. Der ernstlichen Willenserklärung ist das entgegengesetzt, was blos zum Scherz geschieht [7]), oder zum Schein [8]). Doch kann sich auch ein ernstlich gemeintes Geschäft hinter einem Scheingeschäft verbergen [9]), in welcher Hinsicht die bei den Römern dicis causa üblichen Geschäftsformen (z. B. imaginariae venditiones) besonders auszuzeichnen sind [10]). c. Der Ausdruck des Willens kann durch Worte oder durch andere Zeichen erfolgen [11]); bedarf es zur Erkennung einer Willenserklärung erst vermittelnder Schlußfolgerungen, so nennt man sie eine stillschweigende [12]). Auch ist, selbst bei förmlichen Rechtsgeschäften, nicht erforderlich, daß die Personen und Sachen mit ihren eigenthümlichen Namen bezeichnet werden, sondern eine deutliche Beschreibung (demonstratio) gilt eben so viel [13]).

1) L. 12. §. 2. D. *de judic.* (V. 1.). — „Natura (impediuntur) — surdus, mutus, et — furiosus, et impubes, *quia judicio carent*".

2) L. 8. §. 1. 2. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.). — Vgl. L. 3. C. *de in int. rest. min.* (II. 22.).

3) L. 34. §. 1. D. *de contrah. emt.* (XVIII. 1.).

4) L. 1. L. 2. L. 3. §. 1. L. 5. D. *quod metus causa gestum erit* (IV. 2.).

5) L. 1. §. 2. 3. D. *de dolo malo* (IV. 3.). — Uebrigens wird dolus nicht immer in diesem Sinne genommen, sondern bedeutet auch jedes absichtlich verübte Unrecht; s. L. 2. §. 8. D. *de vi bonor. raptor.* (XLVII. 8.). L. 7. D. *ad Leg. Cornel. de sicar.* (XLVIII. 8.).

6) L 9. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.). — Um den Einfluß des Irrthums auf Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse zu würdigen, kommt die Art und Beschaffenheit desselben sehr in Betracht; s. z. B. L. 9. §. 1. eod. L. 2. D. *de jur. et facti ignor.* (XXII. 6.) „In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debebit, quum jus finitum et possit esse, et debeat, facti autem interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat".

7) L. 3. in f. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.).

8) L. 55. D. *de contr. emt.* L. 54. D. *de obl. et act.* „Contractus imaginarii etiam in emtionibus juris vinculum non obinent, quum fides facti simulatur, non intercedente veritate".

9) T. T. Cod. *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* (IV. 22.).

10) *Gaji* inst. I. §. 141. 190. II. §. 103: — „*dicis gratia* propter veteris juris imitationem familiae emtor adhibetur". Ebendas. §. 104. §. 252: — „in usu erat — — — *nummo uno* — hereditatem *dicis causa venire*". — L. 46. D. *loc. cond.* (XIX 2.). L. 66. D. *de jure dot.* (XXIII. 3.).

11) L. 4. 5. D. *de fide instrum.* (XXII. 4.). L. 21. pr. D. *de legat.* III. L. 52. in f. (§. 9. 10.) D. *de O. et A.* (XLIV. 7.).

12) L. 2. in f. D. *de pact.* (II. 14.). L. 95. D. *de acq. vel om. her.* (XXIX. 2.). L. 5. D. *rat. rem haberi* (XLVI. 8.).

13) L. 34. pr. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1.).

§. 39.

β. Civilrechtliche Geschäfte und deren Formen.
a. Gattungen derselben.

Civilrechtliche Geschäfte (negotia juris civilis) sind alle, welche ihren Grund haben in dem eigenthümlichen Recht der Römer (jus civile s. str.). Unter diesen waren besonders ausgezeichnet diejenigen, welche auch noch zur Zeit der juristischen Classiker ihren altförmlichen Charakter, wenigstens zum Theil, beibehalten hatten, und daher weder eine Stellvertretung, noch Beschränkung durch Zeit und Bedingungen zuließen [1]). Zu ihnen gehörten die legis actiones, d. h. eigentlich altförmliche, vor dem Magistratus vorzunehmende Prozeßhandlungen [2]), wovon besonders eine auch als Form für Rechtserwerbungen, mittelst eines symbolischen Rechts-

streits, angewandt wurde [3]). Bei den meisten civilrechtlichen Geschäften war mündliche Verhandlung erforderlich [4]), so wie die Anwendung bestimmter Wortformeln (verba civilia, solemnia) [5]), falls nicht das Geschäft zunächst die Ermittelung gewisser Thatumstände betraf [6]). Die Nothwendigkeit des Gebrauchs von verba solemnia wurde allmählig beschränkt und zuletzt ganz aufgehoben [7]).

1) L. 77. D. *de regul. jur.* „Actus legitimi, qui [non] recipiunt diem, vel conditionem, *veluti* mancipatio (*al.* emancipatio), acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem". — L. 123. pr. *eod.* „Nemo alieno nomine lege agere potest".

2) *Gaji* inst. IV. §. 11 — 29.

3) *Gaji* inst. II. § 24. (Vgl §. 40. Nr. 1 b.). Der Ausdruck legis actio bedeutet auch das Recht des Magistratus zur Leitung solcher Handlungen; z. B. L. 4. D. *de adopt.* (I. 7.): — „Magistratum, *apud quem legis actio est*". — L. 3. D. *de offic. proc.* (I. 16.).

4) Eine Ausnahme enthält die literarum obligatio; *Gaji* inst. III. §. 128 sqq.

5) *Gaji* inst. I. §. 119. II. §. 104. 117. 166. III. §. 92. 93.

6) Wie namentlich bei der causae probatio; *Gaj.* I. §. 18 — 20. §. 29 — 32. 67 — 77. 87. *Ulp* Fragm. Tit. I. §. 12. 13. Tit. III. §. 3.

7) Vgl. § 1. I. *de verb. obl.* L. 1. §. 2. D. *eod.* (XLV. 1.) L. 1. C. *de formulis sublatis* (II. 58.).

§. 40.

b. Besondere Rechtsformen.

I. Aus der früheren Zeit sind hauptsächlich folgende Formen für Privatrechtsgeschäfte zu erwähnen: a. die Volksversammlungen, comitia curiata und centuriata; sie wurden nämlich auch zu Adrogations- und Testaments-Handlungen benutzt [1]). b. Handlungen vor dem Magistratus, insonderheit [2]) die in jure cessio, d. i. eine förmliche Rechtsübertragung vor dem Magistratus, unter Anwendung der Form eines Streits über Eigenthum, wobei der neue Erwerber als Kläger erschien, der andere Theil aber nicht widersprach (also auf sein Recht verzichtete), hiernächst aber die Addictio des Magistratus erfolgte [3]). c. Die mancipatio, d. i. ein Scheinkauf [4]), wobei folgende Personen vorka-

men: der mancipio dans, der mancipio accipiens, 5 Zeugen, und ein Libripens [5]). Dieser hielt eine Waagschale, welche der mancipio accipiens mit einer den Kaufpreis vorstellenden kupfernen Münze (aes) berührte; die bei dem Ritus auszusprechenden verba solemnia waren verschieden, je nach dem verschiedenen Zweck der Geschäfte, worauf man diese Form anwandte [6]). 2. Andere Formen wurden (jedoch mit theilweiser Beibehaltung der früheren) unter den Kaisern üblich, namentlich a. Bestätigung des Geschäfts durch kaiserliches Rescript [7]), b. Erklärung zum obrigkeitlichen oder richterlichen Protokoll — publicare, allegare, insinuare, prosequi u. s. w. apud Acta s. Gesta [8]); c. schriftliche Aufsätze [9]), unter Zuziehung eines Notarius — tabellio, tabularius [10]), oder von Zeugen [11]).

1) *Gaji* inst. I. §. 99. II. §. 101.

2) Einzelne Geschäfte wurden auch vor den Censoren vorgenommen; s. *Ulp.* Fr. Tit. I. §. 8. *Gell.* N. A. IV. c. 3. — Ueber die causae probatio (causam probare) apud *consilium* s. *Gaj.* I. §. 18 u. 20. *Ulp.* Fr. I. §. 13. — Was durch Vermittelung der Magistratus erfolgte, wird dem imperium magistratus zugeschrieben (*Gaj.* I. §. 98.), oder der voluntaria jurisdictio; L. 2. pr. D. *de offic. proc.* (I. 16.).

3) *Gaj.* II. §. 24. „In jure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, vel apud Praetorem, vel apud Praesidem provinciae is, cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit: *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*; deinde, postquam hic vindicaverit, Praetor interrogat eum qui cedit: an contra vindicet? quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit, *idque legis actio vocatur*" (s. §. 39. zu Note 2 u. 3.). Ebendas. §. 29. 30. §. 34. 35. *Ulp.* Fr. I. §. 9—12. (— „In jure cedit dominus, vindicat is, cui ceditur, addicit Praetor". —)

4) Imaginaria venditio heißt sie bei *Gajus* I. §. 113. u. 119. *Ulpian* nennt sie „mancipationem imaginariam"; Fr. XX. §. 2.

5) *Gaj.* I. §. 119. — „adhibitis non minus, quam quinque testibus, *civibus Romanis puberibus*, et praeterea alio *ejusdem conditionis*, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens". — In der Epitome des Gajus, welche wir aus der Westgothischen Compilation (s. oben §. 5.) kennen, geschieht auch eines *antestatus* Erwähnung; Lib. I. Tit. 6. §. 3.

6) M. s. z. B. außer der angef. Stelle von *Gajus* auch das. Lib. II. §. 104. III. §. 174.

7) S. z. B. §. 1 u. 2. I. *de adoptionib.* (I. 11.).

8) Vgl. L. 151. Theod. Cod. *de decurionib.* (XII. 1.) Nov. Valent. XXXIII. — L. 18. 19. C. *de test.* (VI. 23.). L. 11. C. *de adopt.* (VIII. 48.). L. 27. u. 31. C. *de donat.* (VIII. 54.).

9) Ueber die bei schriftlichen Urkunden über Contracte zu beobachtende Form der Besiegelung: *Pauli* sent. rec. Lib. V. Tit. 25. §. 6.

10) §. 3. I. *de adopt.* L. 9. §. 1. C. *de defensorib. civit.* (I. 55.). L. 24. L 29. C. *de test.* 6. 23. — Ueber das *πρωτόκολλον* s. Nov. 44. c. 2.

11) §. 6. I. *de test. ordin.* (II. 10.). — L. 11. C. *qui post. in pign.* (VIII. 18.).

§. 41.

VII. Rechts-Verfolgung und Vertheidigung. Einleitung. (*Ordo judiciorum privatorum.*)

Die Verfolgung und Vertheidigung der Rechte soll in der Regel vermittelst richterlicher Hilfe erfolgen [1]). Diese wurde lange Zeit in folgender Form gewährt: man leitete das Verfahren vor dem Magistratus (Praetor, praeses provinciae) ein, worauf die Sache an einen oder mehrere judices [2]) gelangte, welche dieselbe nach einer ihnen gewordenen Vorschrift [3]) untersuchten und entschieden, die Vollstreckung des Richterspruchs aber erfolgte von dem Magistratus. Das einleitende Verfahren war früher an den Gebrauch der sehr förmlichen legis actiones gebunden [4]), an deren Stelle in der Folge die formulae (verba concepta) traten, welche sich leichter den zu entscheidenden Fällen anpassen ließen [5]). Ausnahmsweise entschieden die Magistratus selber, daß hieß extra ordinem jus dicere, oder extraordinaria cognitio, persequutio [6]). Diese Fälle vermehrten sich unter den Kaisern, und gegen das Ende des dritten Jahrh. nach Chr. verschwindet der ordo judiciorum privatorum als Regel ganz [7]); jetzt wird also das früher nur als Ausnahme vorkommende Verfahren zur Regel [8]).

1) L. 13. D. *quod met. causa.* (IV. 2.).

2) Pedanei judices: *Pauli* sent. rec. Lib. V. Tit. 28. §. 6. Tit. Cod. *de pedaneis judicibus* (III. 3.).

3) Z. B. si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Sestertium X millia dare oportere, judex Numerium Negidium Aulo Agerio Sestert. X millia condemna, si non paret absolve.

4) *Gaji* inst. IV. §. 11—29. — §. 12. „Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem".

5) *Gaj.* IV. §. 30 — 52.

6) L. 178. §. 2. in f. D. *de verb. sign.* Rubr. Tit. Dig. *de extraordinariis cognit.* (L. 13.). — Vgl. *Sueton.* in Tib. c. 31. in Claudio c. 15. u. unten Note 8.

7) L. 2. C. *de pedan. judicib.* (III. 3. aus dem J. 294.). — Früher schon hatte dieselbe Einrichtung beim Criminalverfahren (dem ordo judiciorum publicorum) aufgehört; L. 8. D. *de publ. jud.* (XLVIII. 1.).

8) § 8. Inst. *de interd.* (IV. 15.) — „quoties extra ordinem jus dicitur, *qualia sunt hodie omnia judicia*".

§. 42.

1. Die *actiones* und deren wichtigste Arten.

Tit. Inst. de actionibus IV. 6.

Unter dem vieldeutigen Worte actio [1]) verstehen wir hier: das Rechtsmittel, wodurch eine Prozeßpartei (Kläger, actor) die Zuerkennung eines Rechts durch den Richter verlangt, in der Regel auch, daß der Gegner (reus) ihm zu einer Leistung verurtheilt werde [2]). Klagen, welche einen Antrag auf Verurtheilung (condemnatio) nicht enthalten, hießen praejudiciales actiones oder formulae [3]). Von den mancherlei Arten und Eintheilungen der Actionen sind an dieser Stelle die wichtigeren und zwar diejenigen zu erwähnen, welche sich nicht blos auf besondere Rechtsmaterien beziehen: **1.** in rem und in personam actiones. In rem actio im eigentlichen Sinne [4]) oder dingliche Klage ist diejenige, wodurch Jemand eine Sache oder ein Recht a l s i h m g e h ö r i g (als unmittelbar seiner rechtlichen Herrschaft unterworfen) in Anspruch nimmt [5]); sie heißt auch vindicatio, ein Name, der ursprünglich den Theil der legis actio bedeutete, welcher auf förmliche Besitzesregulirung zum Zweck der Einleitung eines dinglichen Rechtsstreits gerichtet war [6]). In personam actio (persönliche Klage) ist die Klage, wodurch eine obligatio, ein wider einen bestimmten Gegner gerichtetes Forderungsrecht geltend gemacht wird [7]); auch hier hat die ganze Gattung von einer für eine besondere Art derselben ehemals üblichen legis actio den Namen condictio erhalten [8]). **2.** Stricti juris und arbitrariae actiones; ein Unterschied, bei dessen Erklärung auf das Zeitalter des ordo judiciorum privatorum (§. 41.) besondere Rücksicht genommen werden muß, wenngleich auch späterhin noch manche

Verschiedenheit blieb. Bei jenen nun entschied der Richter (hier vorzugsweise judex genannt) nach feststehenden Rechtsnormen und ihm vom Magistratus gewordenen Vorschriften. Bei diesen war seine Thätigkeit (officium judiciis) weniger beengt, seine hauptsächliche Entscheidungsquelle das allgemeine Recht (aequum und bonum), unter steter Berücksichtigung aller Umstände, welche auf das Parteienverhältniß von Einfluß seyn konnten; darnach bestimmte sich nicht nur die Condemnation an sich, sondern auch das Quantum derselben [9]). Uebrigens werden hierbei noch wieder die bonae fidei actiones oder judicia [10]) und die arbitrariae actiones im engeren Sinne unterschieden; bei den letzteren ging eine vorläufige richterliche Bestimmung über das Rechtsverhältniß (ein arbitrium) der eigentlichen Condemnation vorauf, welche erst erfolgte, wenn jener kein Genüge geleistet war [11]). **3.** Die actiones (formulae) sind entweder in jus conceptae (d. s. civiles), oder in factum conceptae [12]), (d. s. praetoriae, honorariae); letztere haben ihre Benennung daher, weil die Prätoren zur Einführung neuer Klagen durch die in den vorgetragenen Thatumständen liegenden rechtlichen Billigkeitsgründe veranlaßt wurden. In einer weiteren Bedeutung heißen aber in factum actiones alle Klagen, wofür keine bestimmten Formen (vulgares formulae, judicia prodita) im Edict aufgestellt waren; in diesem Sinne giebt es auch in factum actiones civiles, oder praescriptis verbis actiones [13]), eine Benennung, die sich daher schreibt, daß im Eingange der Formel durch ein Vorwort auf die Eigenthümlichkeit des Falles hingewiesen wurde [14]). **4.** Besonders wichtig ist auch der Gegensatz von directae und utiles actiones. Jene sind die ursprünglich für ein Rechtsverhältniß eingeführten Klagen, die diesen nachgebildeten, auf ähnliche Verhältnisse oder andere Personen übertragenen heißen utiles actiones [15]). **5.** Ihrer Dauer nach sind die actiones entweder perpetuae oder temporales, Ausdrücke, die auf Verjährbarkeit der Klagen (§. 36. Note 5.) bezogen und früher buchstäblich genommen wurden. In der Regel [16]) waren nämlich alle Klagen perpetuae, d. h. unverjährbar, wovon es jedoch viele Ausnahmen gab. Im neueren Recht werden

aber alle Klagen regelmäßig binnen **30** Jahren verjährt [17]), so daß jetzt perpetuae actiones diejenigen heißen, welche nur binnen **30** Jahren oder einer noch längeren Zeit durch Verjährung ausgeschlossen werden, temporales diejenigen, wofür eine kürzere Verjährungszeit läuft [18]).

1) S. z. B. L. 7. D. *de publ. jud.* (XLVIII. 1.). *Cic.* de orat. I. 57. (Hostilianae actiones). Vgl. auch §. 41. Note 4. u. L. 37. D. *de O. et A.* (XLIV. 7.).

2) Vgl. Pr. I. *h. t.* L. 178. §. 2. D. *de verb. sign.*

3) *Gaji* inst. IV. §. 44: — „in praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, an aliquis libertus sit, vel quanta dos sit". (Vgl. *Theophili* paraphr. Inst. ad §. 13. I. *h. t.*). — §. 13. I. *h. t.* „Praejudiciales actiones *in rem esse videntur*; quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo".

4) Denn s. §. 13. I. *h. t.* in der vorhergehenden Note.

5) *Gaji* inst. IV. §. 3. „In rem actio est, quum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere". Vgl. §. 1. 2. I. *h. t.*

6) *Gaji* inst. IV. §. 16. 17. — Vgl. §. 15. I. *h. t.*

7) *Gaj.* IV. §. 2. „In personam actio est, quoties cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, i. e. quum intendimus, dare, facere, praestare oportere". — §. 1. I. *h. t.* — *Mixta actio* (§. 20. I. *h. t.*). — *In rem scripta actio* (L 9. §. 8. D. *quod met. causa.* IV. 2.).

8) *Gaji* inst. IV. §. 5. u. 18. Vgl. §. 15. I. *h. t.*

9) *Cic.* or. pro Rosc. Com. c. 4. „Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. — Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus; ad arbitrium hoc modo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur". S. auch die beiden folgenden Noten.

10) §. 28. u. 30. I. *h. t.* Vgl. *Gaj.* IV. §. 61—63.

11) §. 31. I. *h. t.* Vgl. *Gaj.* IV. §. 163.

12) *Gaj.* IV. §. 45—47.

13) L. 1. pr. L. 2. D. *de praescriptis verbis et in factum actionib.* (XIX. 5.).

14) *Gaj.* IV. §. 130—132. — Um dies zu verstehen, muß man wissen, daß bei den in jus conceptae actiones die demonstratio (Geschichtserzählung) und intentio (der Ausdruck dessen, was der Kläger in Anspruch nimmt) (*Gaj.* IV §. 40. 41.) bestimmt von einander geschieden waren (*Gaj.* IV. § 45. 46.). An die Stelle nun der kurzen demonstratio trat bei den in factum act. civiles eine ausführlichere Geschichtserzählung, woraus erhellen mußte, daß der Fall, ungeachtet es dafür an einer vulgaris formula fehlte, dennoch ins Gebiet des jus civile gehörte. — Uebrigens halten diese praescriptiones bisweilen noch besondere Zwecke; davon ist zu verstehen *Gaj.* IV. §. 131.

15) L. 21. D. *de praescr. verb.* (XIX. 5.). L. 47. §. 1. D. *de negot. gest.* (III. 5.). Vgl. auch oben §. 33. — Zur Bezeichnung des Ausdrucks utilis a. kommen auch andere Umschreibungen vor, z. B. exemplo, ad exemplum legis s. actionis u. a.

16) Die prätorischen Klagen machten von jeher Ausnahmen, indem sie regelmäßig binnen Jahresfrist verjährten, „nam et ipsius Praetoris intra annum erat imperium". Pr. I. *de perpet. et temp. act.* (IV. 12.).

17) L. 3. C. *de praescript. triginta vel quadraginta annorum* (VII. 39. von Theodos II.).

18) Pr. I. *de perpetuis et temporalib. actionib.* (IV. 12.).

§. 43.

2. Die *Exceptiones* und diesen verwandte Rechtsmittel.

Tit. Inst. de exceptionibus (IV. 13.); de replicationibus (IV. 14.).

Der Verklagte kann sich gegen die Klage durch ein Abläugnen des Klagegrundes vertheidigen, oder durch Einreden (exceptiones) [1]), welche entweder gegen den Klagegrund selbst gerichtet sind (exc. peremtoriae, perpetuae), oder gegen die Art ihres Anbringens (exc. dilatoriae s. temporales). Das Abläugnen des Klagegrundes geschieht entweder so, daß behauptet wird, eine Forderung des Klägers (actio) sei nie vorhanden gewesen, oder so, daß gezeigt wird, die vorhanden gewesene Forderung sei (ipso jure) untergegangen. Die exceptiones dagegen waren ursprünglich die als Bedingung der Condemnation in die Instructionsformel für den judex aufgenommenen Thatumstände, welche, falls sie begründet waren, die an sich auf rechtlichen Voraussetzungen beruhende Klage (actio justa) als der rechtlichen Billigkeit zuwiderlaufend (iniqua) darstellten [2]). In der Folge wurden auch die dilatorischen Einreden in ähnlicher Form der Instructionsformel einverleibt, und dadurch erweiterte sich denn der technische Begriff von exceptio [3]). Für manche dieser Einreden war es gebräuchlich, sie als praescriptiones zu Anfang der Formel auszudrücken; doch verschwand diese Form aus der Praxis [4]) und seitdem wurden dieselben Einreden bald praescriptiones, bald exceptiones genannt [5]). Auf ähnliche Art kann der Kläger der exceptio eine replicatio entgegensetzen und diese wieder durch eine duplicatio von Seiten des Beklagten elidirt werden, ferner der duplicatio eine triplicatio u. s. w. entgegenstehen [6]).

1) *Exceptio* est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. L. 2. pr. D. *de except.* (XLIV. 1.).

2) Z. B. quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit*, id judex Num. Negidium A. Agerio condemnato. Daher „Exceptio est *conditio*, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem"; L. 22. D. *de except.* (XLIV. 1.). — Vgl. *Gaj.* IV. §. 116. u. pr. I. *h. t.*

3) L. 2. §. 4. L. 3. D. *de except.*

4) *Gaj.* IV. §. 133: — „Olim — quaedam (praescriptiones) et pro reo opponebantur, qualis illa erat praescriptio: *ea res agatur, quod praejudicium hereditati non fiat*; quae nunc in speciem exceptionis deducta est" —.

5) Z. B. L. 28. u. L. 29. pr. D. *de exc. rei jud.* (XLIV. 2.). L. 3. L. 5. §. 1. D. *de diversis temporalibus praescriptionibus* (XLIV. 3.). — S. auch die Rubrik des Digestentitels: *de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis* (XLIV. 1.).

6) Pr. §. 1 — 3. I. *de replicat.* L. 2. §. 1. 2. L. 22. §. 1. D. *de except.*

§. 44.

3. Die Interdicte.

Tit. Inst. de interdictis (IV. 15.).

Interdicte waren Verfügungen des Magistratus, wodurch gleich bei der Einleitung des Prozesses entweder ein Befehl zum Handeln ausgesprochen wurde (restituas, exhibeas), oder ein Verbot (vim fieri veto); hiernach sind die Interdicte entweder restitutorische, oder exhibitorische, oder prohibitorische [1]). Die Veranlassung zur Anwendung dieses Verfahrens konnte sehr mannigfaltig sein [2]), der Zweck aber war allemal: möglichste Beschleunigung der Sache [3]). Wurde die Auflage nicht befolgt, sondern kam es hierüber zu weiteren Verhandlungen zwischen den Parteien, so war das dabei zu beobachtende Verfahren und dessen Wirkung für einzelne Fälle sehr genau bestimmt [4]); immer aber ist hierbei die Rücksicht vorherrschend, den Ausgang der Sache zu beschleunigen, was denn insonderheit auch in den Gesetzen der Kaiser eingeschärft wird, welche aus der Zeit herrühren, wo die ältere Form des Interdictenprozesses nicht mehr Statt fand [5]).

1) *Gaj.* IV. §. 142. — §. 1. I. *h. t.*

2) L. 1. pr. L. 2. §. 1—6. D. *de interd.* (XLIII. 1.).

3) *Gaj.* IV. §. 139. „Certis ex causis Praetor aut Proconsul *auctoritatem suam finiendis controversiis interponit"* —.

4) *Gaj.* IV. §. 162—169.

5) L. 22. Th. Cod. *quorum appell. non recip.* (XI. 36.). L. 3. C. *quorum bonor.* (VIII. 2.). L. 4. C. *de interd.* (VIII. 1.) — Vgl. §. 8. I. *h. t.*

§. 45.

4. Die subsidiären Rechtsmittel. (*In integrum restitutio.*)

Es giebt gewisse Rechtsmittel, welche nur zulässig sind, sofern es an einem anderen gleich wirksamen fehlt; wir nennen sie die subsidiären Rechtsmittel. Zu diesen gehört nun insonderheit: die durch richterliche Hilfe bewirkte Herstellung eines nach strengen Rechtsbegriffen verlornen Rechts, — Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, integri oder in integrum restitutio [1]). Außer dem subsidiären Charakter dieses Rechtsmittels [2]) sind Grundbedingungen aller Restitution: 1. das Vorhandenseyn eines rechtlichen Nachtheils — laesio [3]), 2. eine justa restitutionis causa. Die mannigfaltigen Gründe selbst lassen sich auf zwei Classen zurückführen: a. auf ein Privilegium der zu restituirenden Personen [4]), b. auf die Beschaffenheit der rechtsverletzenden Ursache selbst, als: vis und metus, dolus, error, absentia u. a. [5]). Doch bedarf es wegen solcher Gründe, welche die freie Einwilligung hindern (wie Zwang, Betrug und Irrthum), nicht immer der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, indem diese Gründe nicht selten geradezu (ipso jure) den Rechtsbestand des nachtheiligen Ereignisses affiziren [6]).

1) Tit. Dig. *de in integrum restitutionib.* (IV. 1.). *Pauli* sent. rec. Lib. I. Tit. 7. §. 1.

2) L. 16. pr. §. 1. u. 3. D. *de minorib.* (IV. 4.).

3) L. 49. D. *de minor.*

4) S. z. B. den Tit. Dig. *de minoribus viginti quinque annis* (IV. 4.).

5) Tit. Dig. *ex quibus causis majores in integrum rest.* (IV. 6.). — *Quod metus causa gestum erit* (IV. 2.). — *De dolo malo* (IV. 3.). — *De capite minutis* (IV. 5.).

6) S. z. B. L. 3. §. 3. D. *pro socio* (XVII. 2.). — Der juristische Charakter der Rechtsverhältnisse kommt besonders in Betracht, um zu entscheiden, welchen Einfluß die Willenshindernisse darauf äußern. Hierbei muß vorläufig auf die einzelnen Lehren verwiesen werden.

§. 46.

5. *Litis contestatio* und *res judicata*.

Bei jedem gerichtlichen Verfahren sind, außer der Einleitung, besonders zwei Momente auszuzeichnen: die Litiscontestation und der Richterspruch (res judicata). Die L. C., von der dabei ursprünglich vorkommenden Zeugenaufrufung so benannt, bildete zur Zeit des ordo judiciorum privatorum den Endpunkt des Verfahrens in jure und gab dem zur richterlichen Entscheidung gestellten Rechtsverhältnisse eine neue, feste und bestimmte Grundlage[1]. Die mit ihr verbundenen, höchst wichtigen Wirkungen wurden später an andere Prozeßmomente geknüpft[2]. Der Richterspruch heißt rechtskräftig, wenn er nicht mehr angefochten werden kann, und gilt dann dem wirklich vorhandenen Rechte gleich[3]. Es tritt mithin dadurch, eben so wie durch die Litiscontestation, dem klagbar gemachten Rechtsverhältniß ein neues Fundament hinzu[4], dessen besondere Wirkung die Erzeugung einer actio und exceptio rei judicatae ist[5].

1) L. 3. §. 11. D. *de pecul.* (XV. 1.) — „nam sicut stipulatione contrahitur — —, ita judicio contrahi". — *Gaj.* III. § 180. 181. S. unten Note 4.

2) L. un. C. *de lit. contest.* (III. 9.). — Nov. 53. c. 3. §. 2.

3) L. 207. D. *de reg. jur.* „Res judicata pro veritate accipitur".

4) *Gaj.* IV. §. 180. — „litis contestatione — — obligatio quidem principalis dissolvitur, *incipit autem teneri reus litis contestatione*, sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri; et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post l. c. condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere".

5) Tit. Dig. *de re judicata et de effectu sententiarum* (XLII. 1.) und *de exceptione rei judicatae* (XLIV. 2.).

§. 47.

6. Die *missiones in bona.*

Von den obrigkeitlichen Verfügungen, welche entweder Sicherstellung oder Realisirung der Privatrechtsverhältnisse bezwecken, verdienen eine vorzügliche Aufmerksamkeit die missiones in bona, d. h. die Einweisungen in ein Vermögen oder einzelne Vermögensobjecte [1]). Die Mission erfolgt durch ein Decret, wodurch der Immittirte berechtigt wird, sich in den Besitz zu setzen, soweit dies ohne Anwendung eines Privatzwangs geschehen kann. Wird er nicht zugelassen, oder wieder vertrieben, so gewähren und sichern gerichtliche Zwangsmittel ihm sein Recht [2]). Dies besteht regelmäßig in der Befugniß, die Sache so lange zu detiniren, als der Zweck der Mission es mit sich bringt; bisweilen wird dem Immittirten auch das Verkaufsrecht verstattet [3]), sowie die Nutzung — fructuum perceptio [4]). In einem Falle, wo das Gemeinwohl dabei interessirt ist, daß die Mission als Zwangsmittel wider einen Ungehorsam sich möglichst wirksam erweise, wird bei beharrlicher Weigerung auch eine missio ex secundo decreto verfügt, welche mit einer Exmission des Ungehorsamen verbunden ist und dem Immittirten sogar das Eigenthum verschaffen kann [5]).

1) L. 1. D. *quibus ex causis in possessionem eatur* (XLII. 4.).

2) Tit. Dig. *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est* (XLIII. 4.).

3) L. 21. §. 2. in f. D. *ex quib. causs. major. in int. rest.* (IV. 6.). L. 7. §. 1. 3. D. *quib. ex caus. in poss. eatur.* L. 6. u. 9. in f. C. *de bon. auct. jud. possidendis* (VII. 72.). L. 8. D. *eod.* (XLII. 5.).

4) 3. B. L. 5. §. 16. 21. 22. D. *ut in poss. legator. servandor. causa esse liceat* (XLII. 4.).

5) L. 7. pr. in f. L. 15. §. 16. D. *de damno infecto* (XXXIX. 2.).

§. 48.

VIII. Das Privatrechtssystem.

„Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones" [1]). Diese Worte beziehen sich auf das den Institutionen von Gajus und Justinian zu Grunde liegende Rechtssystem. Das jus, quod

ad personas pertinet enthält die Lehre vom Rechtssubject überhaupt, von den privatrechtlichen Verschiedenheiten der Menschen und den Familienverhältnissen im weiteren Sinne, insbesondere der Ehe, väterlichen Gewalt und der Vormundschaft. Ueber die beiden anderen Begriffe und das systematische Verhältniß derselben zu einander giebt es zwei verschiedene Hauptansichten. **1.** Nach der einen begreift das jus, quod ad res pertinet (oder de rebus) die Lehre von den Rechtsobjecten und der rechtlichen Herrschaft über dieselben, — nach der vorzüglichsten Beziehung dieser Herrschaft auch das Vermögensrecht genannt. Dieses zerfällt dann wieder in zwei Theile: a. das Recht an Sachen (— die unmittelbare Herrschaft über Sachen, auch vorzugsweise: Sachenrecht); b. die rechtliche Herrschaft über die Handlungen fremder Personen auf den Grund eines Forderungsverhältnisses (obligatio): das Recht der Forderungen. — Das jus, quod ad actiones spectat würde hiernach sich lediglich auf die Rechtsverfolgung beziehen. Für diese Ansicht nun sprechen folgende Gründe: erstlich ist allerdings nicht zu läugnen, daß Sachenrecht und Obligationenrecht durch ein gemeinsames Merkmal verbunden sind, wodurch sie zusammengenommen einen Gegensatz zum Personenrecht bilden; sodann werden bei der Eintheilung der Rechtsobjecte in res corporales und incorporales die obligationes unter den letzteren Begriff gestellt und zwar neben solchen, welche im System entschieden dem Sachenrecht angehören [2]); endlich beginnt bei Gajus die Lehre von den Actionen mit einem neuen Buche (dem vierten), wogegen in dem voraufgehenden das Obligationenrecht noch neben dem letzten Theil des Sachenrechts abgehandelt ist [3]). **2.** Die zweite Ansicht geht im Wesentlichen dahin, daß die Obligationen nicht nur von dem Sachenrecht getrennt, sondern als zu den Actionen gehörig betrachtet worden seyen, mithin der dritte Theil des Privatrechts das jus sei, quod ad *obligationes et actiones* pertinet. Dafür läßt sich insonderheit Folgendes anführen: einmal, Actionen, aus welchem Grunde sie auch entstehen mögen, und Obligationen sind Forderungsrechte,

haben also das gemein, daß (wenigstens) zwei Personen als berechtigtes und verpflichtetes Subject einander gegenüber stehen [4]); ferner: jede (an sich klagbare) Obligation löst sich in das daraus entstehende Forderungsrecht, die actio, auf [5]), wogegen bei jedem anderen Rechtsverhältniß die actio nicht zum Wesen und Begriff des Rechts selbst gehört, sondern das Erzeugniß eines besonderen, als Rechtsverletzung erscheinenden Thatumstandes ist [6]). Eine erhebliche Unterstützung erhält diese Ansicht endlich durch das Zeugniß von Theophilus, welcher beim Uebergange zu der Lehre von den Obligationen bemerkt: daß jetzt, nachdem die Lehre de rebus beendigt sei, dem obigen Schema gemäß von den Actionen gehandelt werden müsse. In der That geschehe das aber auch; denn wer von den Obligationen rede, handle ja eben dadurch zugleich auch von den Actionen, indem diese von jenen erzeugt würden [7]). — Welcher Meinung man indessen auch den Vorzug geben mag, soviel ist gewiß, daß die Lehren, welche wir als Sachenrecht und Obligationenrecht bezeichnen, sich durch hinreichend bestimmte Merkmale von einander unterscheiden, um eine abgesonderte Darstellung derselben zu rechtfertigen, wogegen es angemessen erscheint, die einzelnen Actionen bei den Materien zu erwähnen, worauf sie sich beziehen. — Hiernach zerfällt denn die folgende Darstellung in drei Theile: a. das Personenrecht (s. die obige Begriffsbestimmung), b. das unmittelbare Sachenrecht [8]), c. das Obligationenrecht, d. i. die Lehre von den auf einer obligatio beruhenden Rechtsverhältnissen zwischen bestimmten Personen.

1) *Gaji* inst. I. §. 8. — §. 12. I. *de jure nat., gent. et civ.* (Bei Theophilus und in manchen Handschriften und Ausgaben steht diese Stelle zum Eingange des dritten Titels: *de jure personarum.*) — Vgl. über den Inhalt dieses §. auch oben §. 7. Note 3.

2) §. 2. I. *de reb. corporalib. et incorporalib.* (II. 1.).

3) Eben so, wie in den Justinianeischen Institutionen, wo das Obligationenrecht mit dem dreizehnten Titel des dritten Buchs beginnt; doch zieht es sich hier bis ins vierte Buch fort, und der Tit. *de actionib.* ist erst der sechste des vierten Buchs.

4) Auch erhält jede actio durch die Litiscontestation noch ein besonderes obligatorisches Fundament (s. §. 46.), wovon sehr wichtige praktische Folgen abhängen; s. z. B. L. 45. in f. D. *de rei vind.* (VI. 1.).

5) Daher die Zusammenstellung der Obligationen und Actionen in den Titeln der Digesten (XLIV. 7.) und des Constitutionen-Codex (IV. 10.); daher erklärt es sich, daß so oft statt der obligatio geradezu die actio genannt ist, z. B. bei actionem praestare, mandare u. s. w. Vgl. auch L. 10. D. *de act. emti vend.* (XIX. 1.). L. 41. pr. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.).

6) In den Institutionen ist von Actionen (wenn man etwa den Tit. 18. des zweiten Buchs ausnimmt) überhaupt nicht die Rede vor den Obligationen.

7) *Theophilus* in paraph. ad pr. I. *de obligationib.* „*Μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί*".

8) Diese bereits öfter gebrauchte Benennung rechtfertigt sich dadurch, daß eine Sache auch Object eines Forderungsverhältnisses seyn kann, in welchem Falle man aber nicht die Sache unmittelbar beherrscht, sondern die Handlung dessen, welcher sie zu leisten oder ihren Gebrauch zu gewähren hat. — Uebrigens wird dieser Theil, nach dem Vorgang der Quellen, durch die Lehre von den Rechtsobjecten überhaupt eingeleitet, obgleich die hierunter vorgetragenen Begriffe sich nicht ausschließlich auf den Inhalt des zweiten Buchs beziehen.

Besonderer Theil.

Erstes Buch.

Das Personenrecht.

Erstes Capitel.

Vom Rechtssubject (*persona*) überhaupt.

§. 49.

I. Begriff von Person.

Person oder Persönlichkeit ist die Eigenschaft eines Menschen, wonach derselbe als rechtsfähiges Subject betrachtet wird [1]). Es werden aber auch bestimmte rechtliche Qualitäten eines und desselben Menschen durch persona bezeichnet [2]); daher die sprichwörtliche Redensart der Neueren: unus homo plures sustinere potest personas. Ferner giebt es einen abgeleiteten oder künstlichen Begriff von persona, indem Persönlichkeit oder Rechtsfähigkeit auf Etwas außer dem einzelnen Menschen bezogen wird [3]). Man nennt dies eine juristische, moralische, fingirte, auch wohl mystische Person, und in Beziehung auf eine besonders wichtige Art dieser juristischen Persönlichkeit sagen die Neueren: plures homines unam sustinere possunt personam.

1) Darum wird dem servus die persona abgesprochen; so in Nov. Theod. Cod. 21. §. 2. und bei Theophilus in der Paraphrase ad pr. I. *de stipulat. servor.* — Doch wird der Ausdruck im vulgären Sinne auch auf servi bezogen, z. B. *Gaj.* I. §. 49. 50.

2) *Cic.* de orat. I. 37. II. 24. *de offic.* I. 30. u. 32. — L. 3. Th. Cod. *de bon. matern.* (VIII. 18.).

3) L. 22. D. *de fidejuss.* (XLVI. 1.) — „hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria" —. §. 2. I. *de hered. inst.* — „personae vicem sustinet".

§. 50.

II. Allgemeine oder natürliche Rechtsfähigkeit.

Die allgemeine Rechtsfähigkeit beginnt mit der Geburt; doch wird auch auf die Erhaltung des Kindes im Mutterleibe (foetus) Bedacht genommen [1]), so wie auf Sicherstellung seiner künftigen Rechte [2]). Hiervon abgesehen sind Grundbedingungen der Rechtsfähigkeit **1.** lebendige Geburt [3]) und **2.** das Vorhandensein der wesentlichen Kennzeichen menschlicher Beschaffenheit [4]). Mit dem Tode hört die Rechtsfähigkeit wieder auf; deshalb, aber auch aus anderen Gründen [5]), kann Leben und Tod eines Menschen Gegenstand einer rechtlichen Beweisführung werden. Bisweilen wird auch die Beantwortung der Frage wichtig: wer von mehreren Verstorbenen den Anderen überlebt habe? worüber das Röm. Recht die Vermuthung aufstellt, daß von den, in derselben Gefahr Umgekommenen (Commorienten) der physisch Stärkere den Schwächern überlebt habe [6]).

1) S. L. 2. D. *de mort. infer.* (XI. 8.). L. 18. D. *de statu homin.* (I. 5.). — Vgl. L. 4. D. *de extraordin. criminib.* (XLVII. 11.).

2) L. 7. D. *de statu homin.* Tit. Dig. *de ventre in possession. mittendo et curatore ejus* (XXXVII. 9.). L. 3. D. *si pars hered. pet.* (V. 4.).

3) L. 3. C. *de posthum. heredib. inst.* (VI. 29.). — L. 141. D. *de V. S.* (L. 16.).

4) L. 38. D. *de V. S.* „Ostentum Labeo definit: omne contra naturam cujusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est; alterum, quum quid prodigiosum videtur, quae Graeci *φαντάσματα* vocant". Vgl. L. 14. D. *de statu homin.* und L. 135. D. *de V. S.*

5) L. 2. §. 4. D. *test. quemadm. aper.* (XXIX. 3.). Nov. 117. c. 11.

6) L. 9. (10.) §. 4. in f. L. 22. (23.) D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.).

§. 51.

III. Auf natürlichen Gründen beruhende rechtliche Verschiedenheiten.

I. Alters=Verschiedenheiten. Nach dem Alter sind die Menschen entweder Minderjährige (minores viginti quinque annis) oder Großjährige (majores), d. h. diejenigen, welche das fünfundzwanzigste Jahr ihres Alters zurückgelegt haben [1]). Jene werden wieder eingetheilt in Unmündige (impuberes) und Mündige (puberes, adulti); die Mündigkeit tritt für Knaben mit dem zurückgelegten vierzehnten Jahre, für Mädchen mit dem zurückgelegten zwölften Jahre ein [2]). Die Unmündigen heißen infantes, wenn sie das siebente Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben [3]). Auch zwischen der Mündigkeit und Großjährigkeit giebt es noch Mittelstufen, wovon besonders auszuzeichnen ist die plena pubertas [4]). II. Geschlechtsunterschied. Die hieran sich knüpfenden rechtlichen Verschiedenheiten waren im alten Recht viel bedeutender [5]), wie in der späteren Zeit. Doch leidet die Regel, daß die Rechte des männlichen und weiblichen Geschlechts gleich seien [6]), immer noch vielfache Beschränkungen [7]); daher die Berücksichtigung der Hermaphroditen, oder der Menschen von zweifelhafter Geschlechtsbeschaffenheit [8]). III. Auch der Gesundheitszustand, der körperliche oder der geistige, ist von mannigfachem Einfluß auf das Recht. 1. Der mangelhafte körperliche Zustand ist entweder Krankheit [9]), oder Gebrechlichkeit, wobei denn die besonderen Rechtsbestimmungen für Blinde [10]), Taubstumme [11]) und Zeugungsunfähige — spadones, castrati [12]) — auszuzeichnen sind. 2. Von noch größerer Bedeutung in rechtlicher Hinsicht ist der Mangel geistiger Gesundheit. Vernunftlosen Personen — furiosi, dementes, mente capti [13]) — fehlt zwar nicht die Rechtsfähigkeit, wohl aber die juristische Handlungsfähigkeit [14]), falls nicht ein dilucidum intervallum eintritt [15]). Auch die bloße Geistesschwäche ist mehrfach rechtlich berücksichtigt [16]).

1) L. 1. §. 2. 3. L. 3. §. 3. D. *de minoribus 25 annis* (IV. 4.). — *Legitima aetas*: L. 32. §. 2. in f. D. *de testament. tut.* (XXVI. 2.). L. ult. in f. D. *de appellat.* (XLIX. 1.). — *Lex Plaetoria* (nicht Laetoria). — Bei den Großjährigen finden sich noch rechtliche Verschiedenheiten zwischen Personen von vorgerücktem Alter und jüngeren; doch ist der Alterstermin nicht für alle Verhältnisse auf gleiche Art bestimmt. M. vgl. z. B. *Gell.* N. A. X. c. 28. und L. 2. pr. D. *de excus.* (XXVII. 1.).

2) *Gaj.* I. §. 196. *Ulp.* Fragm. XI. §. 28. Pr. I. *quib. mod. tut. fin.* (I. 22.). — *Puer praetextatus*: *Pauli* sent. rec. Lib. V. Tit. 4. §. 14.

3) L. 14. D. *de sponsalib.* (XXIII. 1.). L. 1. §. 2. D. *de adm. et per tut.* (XXVI. 7.). Vgl. L. 5. D. *de reg. jur.* — *Infantiae, pubertati proximus*: §. 10. I. *de inutilib. stipul.* (III. 19.). L. 111. pr. D. *de reg. jur.*

4) L. 40. §. 1. D. *de adopt.* (I. 7.). L. 14. §. 1. D. *de alim. leg.* (XXXIV. 1.).

5) *Gaj.* I. §. 109. §. 144 sqq.

6) L. 1. L. 195. D. *de V. S.* (L. 16.).

7) L. 9. D. *de statu hom.* (I. 7.). L. 2. pr. D. *de reg. jur.* (L. 17.). — L. 195. in f. L. 196. §. 1. D. *de V. S.* — §. 10. I. *de adopt.* — L. ult. D. *de tut.* (XXVI. 1.). — §. 6. I. *de test. ordin.* (II. 10.). — L. 6. D. *de popul. act.* (XLVII. 23.). — Vgl. auch Note 2.

8) L. 10. D. *de statu homin.* „Quaeritur: hermaphroditum cui comparemus? Et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet".

9) §. 4. I. *de cur.* (I. 23.). — *Morbus sonticus*: *Gell.* N. A. XVI. 4. XX. 1. in med. L. 60. D. *de re jud.* (XLII. 1.).

10) S. z. B. L. 8. C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22.).

11) L. 12. §. 2. D. *de judic.* (V. 1.). L. 6. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.). L. 10. C. *eod.*

12) L. 128. D. *de V. S.* „Spadonum generalis appellatio est, quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae, thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur". L. 39. §. 1. D. *de jure dot.* (XXIII. 3.). „Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, nec ne; ut in castrato dicas dotem non esse, in eo, qui castratus non est, quia est matrimonium, et dotem et dotis exactionem esse". — Tit. Cod. *de eunuchis* (IV. 42.).

13) L. 27. §. 5. D. *de recept.* (IV. 8.). L. 2. D. *de inoff. test.* (V. 2.). L. 17. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.). L. 2. C. *de cur. furiosi* (V. 70.). — Ueber einen engeren Begriff von furiosus s. L. 12. pr. in f. D. *de excus.* (XXVII. 1.). L. 28. C. *de episc. aud.* (I. 4.). L. 25. C. *de nupt.* (V. 4.).

14) §. 8. I. *de inutilib. stipul.* L. 5. L. 40. D. *de reg. jur.* — Vgl. L. 20. D. *de statu hom.* L. 8. D. *de his, qui sui vel al. jur. sunt* (I. 8.).

15) L. 22. §. 7. D. *sol. matrim.* (XXIV. 3.). L. 6. C. *de cur. fur.* L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22.).

16) S. z. B. L. 2. D. *de postul.* (III. 1.) — „fatuo, fatua: quum istis quoque personis curator detur". — Vgl. L. 3. §. ult. D. *de suspect. tut.* (XXVI. 10.). L. 6. §. 19. D. *de excus.* (XXVII. 1.).

§. 52.

IV. Juristische Rechtsfähigkeit. 1. *Status, capitis deminutio.*

Der Ausdruck status hat in unseren Rechtsquellen eine allgemeine oder vulgäre Bedeutung — für conditio, ein gewisser Zustand, eine Beschaffenheit [1]), und eine besondere oder technische, mit welcher wir hier es zu thun haben. Darnach ist status soviel als juristische Rechtsfähigkeit [2]). Diese führen die Römer auf drei Gründe oder Hauptbegriffe zurück: Freiheit [3]), Civität und die Stellung eines Menschen zu einer bestimmten Familie im Röm. Sinn [4]), also das Familienverhältniß [5]). Alle besonderen Rechte und Rechtsverhältnisse sind nur Ausflüsse jener allgemeinen Gründe der Rechtsfähigkeit [6]). Eben so muß bei dem Worte caput eine allgemeine Bedeutung [7]) und eine besondere unterschieden werden. Diese geht parallel mit status im technischen Sinne, weshalb denn der Verlust eines jener status als capitis deminutio bezeichnet wird [8]), welche ebenfalls eine dreifache ist: die maxima — Verlust der Freiheit —, die media — Verlust der Civität [9]) —, die minima — Verlust des Familienrechts [10]). — Nur auf die Veränderung des bisherigen status und auf den damit verknüpften Verlust des Rechts, das man eben hatte, wird der Begriff gestellt; es ist daher sehr wohl denkbar, daß durch capitis deminutio der Zustand eines Menschen und selbst seine Rechtsfähigkeit sich verbessere [11]). Außerdem bemerke man noch: a. So wichtig die Rechte auch waren, welche Jemand nur als Mitglied einer Römischen Familie haben konnte [12]), so war doch die Möglichkeit, ein Familienverhältniß zu begründen, oder in einem solchen zu stehen, für jeden Civis vorhanden; deshalb wird die minima c. d. auch als „salvo statu contingens" bezeichnet [13]), oder als minor im Gegensatz der

magna, welche dann die maxima und media begreift [14]). b. Unter den zu einer familia gehörigen Menschen standen Manche, als homines alieni juris, in einem Abhängigkeitsverhältnisse, wodurch ihre privatrechtliche Rechtsfähigkeit wesentlich beschränkt war und sie in vielfacher Hinsicht den Unfreien gleichgestellt erschienen [15]). Man kann dadurch leicht verleitet werden, die Unabhängigkeit von der Familiengewalt als eine besondere Art der rechtlichen Freiheit oder der Rechtsfähigkeit zu betrachten, also hierauf den Begriff der capitis deminutio minima zu beziehen. Indessen ist damit schlechterdings unvereinbar, daß jedes Ausscheiden aus einem bestimmten Familienverhältnisse c. d. minima heißt, mag man seine rechtliche Freiheit (seine Eigenschaft als homo sui juris) dadurch aufgeben, oder umgekehrt sie erlangen [16]). In der That aber bildet auch die Abhängigkeit von einer Familiengewalt keinen eigenen Hauptbegriff, vielmehr ist es nur eine besondere Art der Unfreiheit: der filius familias ist homo alieni juris, wie der servus, und erhält gleich diesem seine Freiheit durch Manumission [17]). Die Eintheilung der Menschen in homines sui und alieni juris steht daher mit dem Begriff von status und capitis deminutio u n m i t t e l b a r in gar keiner Verbindung, sondern es ist der dreifache status schlechthin als eine dreifache Art der Berechtigung — Freiheit, Civität, Familienrecht — aufzufassen, welchem Begriff dann mit voller Consequenz der von capitis deminutio, so wie ihn die Quellen bestimmen und durchführen, entspricht.

1) Z. B. status obligationis (L. 17. D. *de cond. furt.* XIII. 1.), status peculii (L. 32. §. 1. D. *de pecul.* XV. 1.), status aetatis (L. 13. D. *de probationib.* XXII. 3.).

2) Daher: de statu suo litigare (L. 33. § 1. D. *de proc.* III. 3.), status controversia (L. 6. §. 3. D. *de Carb. ed.* XXXVII. 10.), status quaestio (L. 1. C. *de ord. judicior.* III. 8.). — S. auch die Noten 5, 7 u. fgg.

3) Auch wohl status libertatis genannt; L. 5. Th. C. *ad SCt. Claud.* (IV. 11.).

4) Nämlich als Inbegriff von Agnaten; s. unten §. 67.

5) L. 11. D. *de cap. min.* (IV. 5). S. unten Note 10.

6) Es dürfen daher das eheliche Verhältniß, das Eigenthumsrecht u. s. w. nicht als besondere status gedacht werden, da sie nur Ausflüsse der

Rechte eines civis Romanus sind; die Römische Ehe ist außerdem die wichtigste Begründungsart des Familienrechts. — Vgl. auch unten Note 12.

7) In diesem Sinne bedeutet caput ein menschliches Individuum; z. B. quotquot capita ei subjecta fuerint (L. 195. §. 2. D. *de verb. sign.*); servile caput (L. 3. §. 1. in f. D. *de cap. min.*) u. a.

8) Pr. I. *de cap. dem.* (I. 16.): „Est c. d. prioris status commutatio". — L. 1. D. *de cap. min.*

9) Sie kann durch freiwilliges Aufgeben der Civität erfolgen, aber auch zur Strafe, durch das Exil, aqua et igni interdictio, deportatio in insulam (§. 2. I. *de cap. dem.*), nicht aber durch einfache relegatio (L. 4. D. *de interdictis et relegatis et deportatis*; XLVIII. 22.).

10) L. 11. D. *de cap. min.* „Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; *tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam.* Igitur quum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem; quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem, quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat". — Vgl. *Ulp.* Fr. XI. §. 10 bis 13. — §. 1—3. I. *de cap. dem.*

11) So wird durch Emanzipation oder Befreiung von väterlicher Gewalt die Rechtsfähigkeit in vielfacher Hinsicht verbessert, dennoch aber erleidet der Emanzipirte eine c. d., weil er aus seinem bisherigen Familienverhältniß ausscheidet; L. 3. §. 1. D. *de cap. dem.* Wenn es hier heißt: „Emancipato filio — capitis minutio manifesto accidit, quum emancipari nemo possit, *nisi in imaginariam servilem causam deductus*" —; so soll dadurch nicht der eigentliche Grund der minima capitis deminutio bestimmt, sondern nur angedeutet werden, daß der Emanzipirte zugleich in ein (wenn auch nur vorübergehendes) serviles Verhältniß, das mancipium, tritt; *Gaj.* I. §. 135. Erklärt werden kann dies erst unten, im dritten Cap. (§. 63. 81.).

12) So war ursprünglich die Intestaterbfolge ein reiner Ausfluß des alten Familien- oder Agnations-Rechts. Schon zur Zeit der classischen Juristen war auch in dieser Hinsicht der dritte status bei weitem von geringerer Wichtigkeit, wie früher: das Familienrecht verwandelte sich allmählig in ein bloßes Verwandtenrecht, und dies wird durch cap. dem. minima nicht aufgehoben; bei den allgemeinen Begriffsbestimmungen aber, welche ihre Wurzel in dem jus civile haben, berücksichtigen die Röm. Juristen allemal nur das frühere Recht, nicht die später hinzugetretenen Modificationen.

13) L. 1. §. 8. D. *ad SCt. Tertull.* (XXXVIII. 17.). Vgl. *Ulp.* Fr. XI. §. 13.

14) L. 1. §. 4. D. *de suis et legitim. hered.* (XXXVIII. 16.). — Vgl. auch *Gaj.* I. §. 161. 163.

15) *Gaj.* I. §. 49: — „earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt". — Ebendas. §. 52. 55: „In *potestate* sunt — — servi dominorum — — — — item — — liberi nostri". Vgl. Pr. und §. 1. I. *de his, qui sui vel alieni juris sunt* (I. 8.). Pr. I. *de patria potestate* (I. 9.).

16) §. 3. in f. I. *de cap. dem.* Vgl. oben Note 11.

17) *Gaj.* I. §. 132. Vgl. §. 6. I. *Quib. mod. jus potestatis solvitur* (I. 12.).

§. 53.

2. Insbesondere von der Civität und von juristischen Verschiedenheiten zwischen *cives*.

Die ungeminderte Römische Civität enthielt zur Zeit der freien Republik auch das Recht der Theilnahme an der Regierungsgewalt, oder das jus suffragii et honorum. Die gesammten Privatrechte eines civis Romanus lassen sich füglich auf zwei Elemente zurückführen: **1.** das connubium juris civilis, d. i. die Befugniß, mit Römischen Bürgerinnen die Ehe des jus civile (justae nuptiae) (§. **70.**) einzugehen; **2.** das commercium juris civilis, d. i. die Fähigkeit nach jus civile Eigenthum zu haben und in Verkehrsverhältnissen zu stehen [1]. Wer die privatrechtliche Civität nicht hat, ist peregrinus; doch gab es eine Mittelstufe, nämlich die Latinität. Sie gewährte das Commercium [2], konnte aber leicht durch Hinzutreten des connubium vervollständigt werden; dann hieß es, der Latinus habe das jus Quiritium erlangt [3]. Antonin, mit dem Beinamen Caracalla, soll allen Bewohnern des Röm. Reichs die Civität ertheilt haben [4]. Doch war diese Verfügung entweder nur eine vorübergehende (ein Zeitgesetz), oder sie bezog sich blos auf Freigeborne; wenigstens erhielt sich lange noch ein Unterschied zwischen gewissen Arten von Freigelassenen und anderen Bewohnern des Reichs, den erst Justinian aufhob [5]; seitdem also waren nur noch Ausländer als Peregrinen zu betrachten. Unter den Cives selbst aber können noch rechtliche Verschiedenheiten bestehen, wonach die regelmäßigen Rechte der Civität bald gesteigert, bald vermindert erscheinen. Vorzüge vor Anderen können begründet werden durch Stand [6] oder Gewerbe [7]. Die Verminderung der gewöhnlichen Rechte kann ihren Grund haben in Religionsverschiedenheiten [8], oder in der Herkunft [9], oder in dem Betreiben eines ver-

achteten Gewerbes [10]), oder in einer sonstigen verächtlichen Lebensweise [11]). In dieser Hinsicht kommt insonderheit die Ehrenschmälerung — existimatio minuta — in Betracht [12]), welche das Gesetz an bestimmte Handlungen, Lebensweisen oder Gewerbe knüpft. Personen, welche solcher Art gesetzlich genannt sind, heißen *infames* oder *quos lex notavit infames* [13]). Daher man diese Infamie jetzt infamia juris zu nennen pflegt, und sie in eine infamia mediata und immediata eintheilt, je nachdem das Gesetz die Folgen der Infamie erst mit der, wegen der betreffenden Handlung erfolgten Verurtheilung eintreten läßt (notatur, qui damnatus fuerit), oder sofort mit der That (notatur, qui fecerit). Die Folgen der Infamie bestanden im Allgemeinen in dem Verluste des jus suffragii und honorum. Dahingegen ist eine, lediglich in der öffentlichen Meinung mehr oder weniger verächtliche Lebensweise (vitae turpitudo), bei Neueren infamia facti die s.g. levis notae macula [14]) nur indirect von Einfluß auf die Rechtsfähigkeit.

1) So wie der Grundbegriff von connubium ist: die Fähigkeit zu einer Römischen Ehe (*Ulp.* Fr. Tit. V. §. 3), so wird das commercium definirt als: emendi vendendique invicem jus (*Ulp.* XIX. §. 5); allein es umfaßt die gesammte vermögensrechtliche Rechtsfähigkeit eines civis, namentlich also: die Befugniß Römisches Eigenthum zu erwerben und geltend zu machen, ein Testament zu errichten und dadurch zu erwerben (die testamentifactio), in civilrechtlicher Art Obligationen zu contrahiren (*Gaj.* III. §. 93. 94. Vgl. ebendas. §. 132).

2) *Ulp.* Fr. XIX. §. 4: „Mancipatio locum habet inter cives Romanos et *Latinos colonarios*, Latinosque Junianos, eosque peregrinos, *quibus commercium datum est*". Ueber die Latini Juniani im Gegensatz der Latini colonarii (oder coloniarii, *Gaj.* I. §. 29.) s. das folg. Capitel.

3) *Plinii* ep. X. 4. 6. 22.

4) L. 17. D. *de statu homin.* (1. 5).

5) L. un. C. *de dedititia libertate toll.* (VII. 5.). L. un. C. *de latina lib. toll.* (VII. 6.).

6) Wie: die personae illustres, die senatores u. A.

7) Z. B. die professores et medici, besonders die milites und veterani, (Missio honesta, causaria, ignominiosa. L. 2. pr. §. 2. D. *de his qui not. infam.* III. 2. L. 13. §. 3. D. *de re milit.* XLIX. 16. L. 2. C. *de his, qui non implet. stip.* X. 54.).

8) Daher die rechtliche Zurücksetzung der Juden; Tit. Cod. *de Judaeis et coelicolis* (1. 9). — Aller Civitätsrechte beraubt sind die Mitglieder gewisser Ketzersecten. S. z. B. L. 1 — 6. C. *de haeret. et Manichaeis* (1. 5). L. 3. 4. C. *de apostatis* (1. 7.).

9) L. 44. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII. 2.). — L. 3. Th. Cod. *de libert. et eor. liber.* (IV. 11.).

10) L. 6. C. *de dignitatib.* (XII. 1.).

11) L. 41. pr. D. *de ritu nuptiar.* L. 2 C. *de dignitatib.*

12) L. 5. §. 1. 3. D. *de extraord. cognit.* (L. 13.): „Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut *minuitur*, aut *consumitur*. — *Consumitur — quoties magna capitis minutio intervenit*" —.

13) Tit. Dig. *de his qui notantur infamia* (III. 2.). Cod. *ex quibus causis infamia irrogatur* (II. 12.). Cod. *de infamibus* (X. 57.).

14) L. 27. C. *de inoff. test.* (III. 28.) — — „si — *infamiae*, vel *turpitudinis*, vel *levis notae macula* adspergantur" —.

§. 54.

V. Juristische Personen.

Juristische oder fingirte Personen (§. 49. Note 3.) können so mannigfaltig sein, als in einem positiven Recht die Möglichkeit anerkannt ist, den Begriff der Rechtsfähigkeit oder Persönlichkeit auf etwas Anderes als einen einzelnen Menschen zu beziehen. Von selbst versteht sich übrigens, daß die juristische Persönlichkeit nicht alle und jede Rechte gewähren kann, welche dem einzelnen oder physischen Menschen zustehen; auch sind die Rechte der juristischen Personen keineswegs gleich, indem, abgesehen von den auf besonderen Bestimmungen des positiven Rechts beruhenden Erweiterungen oder Beschränkungen der allgemeinen Rechtsfähigkeit, der eigenthümliche Zweck, welcher ihre Begründung und Anerkennung veranlaßte, nothwendig auch rechtliche Verschiedenheiten zur Folge hat. Man darf daher den Begriff einer juristischen Person nicht durch Abstraction aus den Zwecken und den Rechten einzelner Arten derselben bilden; vielmehr ist ihr Wesen nur darein zu setzen, daß eine unter dem Staatsschutz stehende (also durch gerichtliche Rechtsmittel geltend zu machende) Persönlichkeit anerkannt ist. Bei den meisten juristischen Personen erscheint aber die Rücksicht auf das Vermögensrecht, — also die vermögensrechtliche Persönlichkeit — als das vor=

herrschende. Von den zahlreichen juristischen Personen, welche unser gemeines Recht kennt, sind **1.** vor Allen auszuzeichnen die universitates personarum, d. h. coexistirende Mehrheiten physischer Personen, welche in rechtlicher Hinsicht als ein Rechtssubject erscheinen [1]); unter diesen aber a. die Gemeinden, insbesondere die städtischen Gemeinheiten, welche als Municipia bezeichnet werden [2]), sodann b. die s. g. Corporationen, oder die Vereine zu rechtserlaubten und bleibenden Zwecken, denen das Recht einer juristischen Person durch Gesetz oder obrigkeitliche Verleihung zugestanden ist [3]). Die Zwecke selbst können wiederum sehr verschieden sein, namentlich: religieuse [4]), gewerbliche [5]), selbst gesellige [6]). Unerlaubt sind alle heimlichen oder ohne öffentliche Autorität sich constituirenden Verbrüderungen [7]), mit besonderen Strafen aber diejenigen bedroht, welche unstatthafter Zwecke halber zusammentreten [8]). Es giebt aber auch **2.** rein ideelle juristische Personen, wobei die Persönlichkeit lediglich an einen gewissen Zweck geknüpft ist. Dahin gehören die im Römischen Reich verehrten Gottheiten und für die spätere Zeit die christlichen Kirchen. Uebrigens knüpften die Alten hier die Persönlichkeit nicht zunächst an den Zweck, sondern an die Götter selbst [9]), und zur Zeit der christlichen Kirche an Jesus Christus und die Heiligen [10]), welche man als lebende und unter den Menschen wandelnde Individuen dachte, in ähnlicher Art, wie die Persönlichkeit einer Erbschaft auf der Fiction einer fortdauernden Persönlichkeit des Verstorbenen beruhte [11]). Eben so verhielt es sich mit den unter den christlichen Kaisern in großer Menge gestifteten Wohlthätigkeitsanstalten (orphanotrophia, brephotrophia, gerontocomia, ptochotrophia, nosocomia, xenodochia), welche, wie überhaupt die ganze Armenpflege, mit den einzelnen Kirchen verbunden waren [12]). Nach der Vorstellungsweise der Neueren sind es indessen die Anstalten oder Zwecke selbst, welche als personifizirt erscheinen; man pflegt übrigens alle und jede zu einem religieusen, wohlthätigen, sittlichen, Unterrichts- und Bildungs-Zwecke bestehenden Anstalten oder Stiftungen pia corpora oder piae causae

zu nennen. 3. Auch der Staat in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen bildet eine besondere juristische Person, unter dem Namen des Fiscus [13]). Während der früheren Kaiserherrschaft waren übrigens der fiscus Caesaris s. imperatoris und das aerarium populi von einander getrennt [14]); allmählig verschmolzen beide in einander und man begriff das gesammte Staatsvermögen unter dem Namen des Fiscus, trennte aber davon noch wieder bestimmte Arten kaiserlicher Revenüen unter besonderen Benennungen [15]). Von allen juristischen Personen ist der Fiscus am meisten durch besondere Rechte (privilegia) ausgezeichnet [16]).

1) Tit. Dig. *Quod cujuscunque universitatis nomine, vel contra eam agatur* (III. 4.). — L. 7. § 1. D. *eod.* „Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent". — L. 7. §. 2. *eod.* (s. Note 3. a E.).

2) L. 22. D. *de fidejussorib.* (XLVI. 1.). — Tit. Dig. *ad municipalem* (L. 1). Tit. Cod. *de jure reipublicae* (XI. 29.).

3) L. 1 pr. und §. 1. D. *quod cujusc. univ. nomine v. contra eam agatur.* — Tit. Dig. *de collegiis et corporibus* (XLVII. 22.) — L. 85. D. *de verb. sign.* „Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est". — L. 7. §. 2. D. *quod cujusc. univ. nomine.* „— Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, quum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis".

4) L. 1. §. 1. D. *de colleg. et corporib.* — „religionis causa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra Senatusconsultum, quo illicita collegia arcentur".

5) L. 1. pr. D. *quod cujusc. univ. nomine.* — „ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum" —. L. 6. D. *de jure immun.* (L. 6.).

6) Für diese scheint vorzugsweise die Benennung sodalitates, sodalitia (sodales) üblich gewesen zu sein: *Cic.* senect. c. 13. und Brut. c. 46. — L. 1. pr. D. *de colleg. et corporib.*

7) L. 3. §. 1. D. *de colleg. et corpor.* „In summa autem, nisi ex senatusconsulti auctoritate vel Caesaris collegium vel quodcunque tale corpus coierit, contra senatusconsultum, et mandata, et constitutiones collegium celebratur".

8) L. 2. D. *pe colleg. et corp.* — Vgl. L. 28. §. 3. D. *de poenis* (XLVIII. 19.). „Solent quidam, qui vulgo se juvenes appellant, in quibusdam civitatibus turbulentis se acclamationibus popularium accommodare, qui — — fustibus caesi dimittuntur" u. s. w.

9) *Ulp.* Fr. XXII. 6. „Deus heredes instituere non possumus, praeter eos, quos senatusconsulto, constitutionibus principum instituere permissum est, sicuti Jovem Tarpejum, Apollinem Didymaeum" u. s. w.

10) S. z. B. *L.* ult. C. *de sacrosanctis eccles.* (I. 2.). Nov. 131. c. 9.

11) L. 22. D. *de fidejussorib.* — Vgl. L. 1. §. 6. D. *de injur.* (XLVII. 10.). „Quoties — funeri testatoris vel cadaveri fit injuria, si quidem post aditam hereditatem, dicendum est, heredi quodammodo factam, quoties autem ante aditam hereditatem, magis hereditati".

12) L. 19. C. *de sacros. eccl.* L. 32. u. 35. C. *de episcopis et cler.* (I. 3.). Nov. 59. c. 3. — Vgl. L. 6. in f. Th. Cod. *de episc.* (XVI. 2.).

13) Tit. Dig. (XLIX. 14.) u. Cod. (X. 1.) *de jure fisci.* — Fragm. vet. JCti de jure fisci. (In der Bonner Ausg. des corp. jur. antejustin. I. p. 157 sqq.).

14) *Taciti* annal. VI. c. 2. *Plin.* Panegyr. c. 42. *Ael. Spartiani* Hadr. c. 7. — Vgl. L. 2. §. 2. D. *de orig. jur.* (I. 2.).

15) S. z. B. Titt. Cod. *de fundis patrimonialib.* (XI. 61.), *de fundis rei privatae et saltibus divinae domus* (XI. 65.), *de praediis tamiacis* (XI. 68.).

16) Vgl. übrigens L. 6. §. 1. D. *de jure fisci.* „Quodcunque privilegium fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet". — L. 3. C. *de quadriennii praescriptione* (VII. 37.).

§. 55.

VI. Uebergang zum Folgenden.

In den Institutionen von Gajus und Justinian werden nur die speziellen Lehren des Personenrechts [1]) und zwar nach folgenden Gegensätzen vorgetragen: 1. „Omnes homines aut liberi sunt, aut servi" [2]); 2. „quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri sunt subjectae" [3]); 3. „ex his personis, quae in potestate (manu, mancipio) non sunt, quaedam vel in tutela sunt, vel in curatione, quaedam neutro jure tenentur" [4]). Allerdings ist nicht zu läugnen, daß nach dieser Anordnung einzelne Lehren eine für ihre Bedeutung zu untergeordnete Stellung erhalten [5]). Indessen ist der Institutionenvortrag nur auf eine übersichtliche Darstellung der civilrechtlichen Hauptlehren berechnet, diese aber wird durch die Ordnung der Quellen eher gefördert, als gestört, überdies auch die

Benutzung der Hauptquelle durch möglichst genaues Anschließen an dieselbe dem Anfänger erleichtert. Nur wo mit dieser Ordnung eine zweckmäßige Lehrmethode unvereinbar ist, namentlich aber, in sofern dadurch der materielle Zusammenhang einzelner Lehren ganz aufgehoben wird, soll in der jetzt folgenden Darstellung von derselben abgewichen werden [6]).

1) Doch ist die Lehre von der capitis deminutio bei der Tutel eingeschaltet; Inst. Lib. I. Tit. XVI. und *Gaj.* I. §. 159 sqq.

2) *Gaj.* I. §. 9. und pr. I. *de jure personarum.* Diese Eintheilung wird die „summa divisio de jure personarum" genannt. Sie geht bei Gaj. von §. 9—47. des ersten Buchs, oder: Inst. Tit. III—VII.

3) *Gaj.* §. 48. und pr. I. *de his qui sui vel alieni jur. sunt* (I. 8.). — Von Tit. VIII—XII. oder bei *Gaj.* §. 48—141.

4) *Gaj.* §. 142. und pr. I. *de tutelis* (I. 13.). — Von Tit. XIII. bis zum Schluß des ersten Buchs, oder: *Gaj.* §. 142—200.

5) Z. B. die Ehe, welche nur als Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt abgehandelt wird.

6) So wird der hauptsächliche Inhalt des Institutionen-Titels: *de his qui sui vel alieni juris sunt*, schon beim folgenden Capitel vorgetragen werden, indem darin die Rede ist von der Stellung des servus zu seinem Herrn, diese aber mit der Rechtsunfähigkeit der Unfreien auf das Genaueste zusammenhängt.

Zweites Capitel.

Von persönlicher Freiheit und Unfreiheit.

§. 56.

I. Sclaverei (*servitus*). 1. Ihr Begriff und rechtlicher Charakter.

Inst. I. 3. de jure personarum und I. 8. de his qui sui vel alieni juris sunt.

Servus [1]), auch mancipium genannt [2]), ist ein der herrschaftlichen Gewalt (potestas domini) gleich einer Sache unterworfener Mensch [3]). Der Charakter der Sclaverei ist also: Rechtslosigkeit oder Rechtsunfähigkeit der ihr unterworfenen Individuen [4]). Daher die Regel, daß un-

ter Sclaven keine rechtlichen Verschiedenheiten bestehen [5]). Indessen ist die frühere strenge Ansicht allmählig gemildert. So giebt es **1.** allerdings rechtliche Verschiedenheiten zwischen servi, in welcher Hinsicht auszuzeichnen sind: a. die servi publici populi Romani [6]), b. die servi ordinarii im Gegensatz der vulgares oder mediastini [7]), c. die statu liberi [8]). Auch bildete sich ein Mittelstand zwischen Sclaven und Freien, der Stand der **adscriptitii — coloni, rustici, tributarii, censiti** [9]). **2. Servi** können nicht blos aus ihren unerlaubten Handlungen Anderen verpflichtet werden, sondern unter gewissen Beschränkungen auch durch ihre Rechtsgeschäfte und unter gleichen Beschränkungen sich Rechte gegen Andere erwerben [10]). **3.** Ihren Herren gegenüber verbesserte sich das Recht der servi nicht nur in sofern es Sclaven mit einem bedingten Recht zur Freiheit (statu liberi) gab (s. Note 8.), sondern auch im Allgemeinen wurde die herrschaftliche Gewalt mehr eingeschränkt, insbesondere willkührliche Tödtung der Sclaven untersagt [11]), so wie eine willkührliche Hingabe derselben zu Thierkämpfen [12]), selbst die Verübung anderer Grausamkeiten, oder eine die Menschheit entwürdigende Behandlung der Sclaven [13]) suchte man durch Strafedicte zu verhindern [14]). Im übrigen steht der servus im vollen Eigenthum seines Herrn [15]), welcher daher alle und jede einem Eigenthümer an seiner Sache zustehende Rechte an demselben ausübt, sofern nicht besondere Beschränkungen nachgewiesen werden können. Auch steht den Herren ein vollständiges Erwerbsrecht durch ihre Sclaven zu, sowohl aus deren Rechtsgeschäften, falls diese überhaupt zum Erwerb für Andere geeignet sind [16]), als aus anderen Erwerbsgründen [17]).

1) §. 2. I. *h. t.* L. 4. §. 2. D. *de statu hom.* (I. 5.). L. 239. §. 1. D. *de verb. sign.* — Vgl. auch L. 40. §. 1. *eod.*

2) §. 2. in f. I. *h. t.* L. 4. §. 3. D. *de statu homin.*

3) §. 1. I. *h. t.*

4) L. 32. L. 209. D. *de reg. jur.* — *Ulp.* Fr. V. 5. XIX. 1. verb. *item servil.* *Theophil.* ad pr. I. *de stipul. servor.*

5) §. 5. I. *h. t.* „In servorum conditione nulla est differentia".

6) *Ulp.* Fr. XX. §. 16. „Servus publicus pop. Rom. partis dimidiae testamenti faciendi jus habet". — Nicht zu verwechseln mit diesen servi publici p. R. sind die servi poenae; L. 8. §. 12. L. 29. D. *de poenis* (XLVIII. 19.). L. 6. §. 6. D. *de injusto, rupto, irrito facto test.* (XXVIII. 3.). Vgl. *Pauli* sent. rec. Lib. V. Tit. 8. §. 24. und unten §. 57. Nr. c.

7) L. 15. §. 44. D. *de injur.* (XLVII. 10.).

8) L. 1. pr. D. *de statu liberis* (XL. 7.). „Statu liber est, qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet". — *Ulp.* Fr. II. 4.

9) Tit. Cod. *de agricolis et censitis et colonis* (XI. 47.).

10) L. 14. D. *de O. et A.* (XLIV. 7.). „Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur, et obligant".

11) *Gaji* inst. I. §. 53. — §. 2. I. *de his qui sui vel alieni jur. sunt.* — L. 1. §. 2. D. *ad Leg. Cornel. de sicar.* (XLVIII. 8.).

12) L. 11. §. 1. 2. D. *ad Leg. Cornel. de sicar.*

13) L. 6. D. *ad Leg. Cornel. de sicar.* „Is, qui servum castrandum tradiderit, pro parte dimidia bonorum multatur".

14) *Gaj.* I. §. 53. §. 2. I. *de his qui sui v. al. jur. sunt.* „— Sed et major asperitas dominorum ejusdem Principis (D. Pii Antonini) constitutione coërcetur. Nam consultus a quibusdam Praesidibus provinciarum de iis servis, qui ad aedem sacram vel ad statuas Principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur saevitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur. Expedit enim reipublicae, ne quis sua re male utatur". — L. un. C. *de emendat. serv.* (IX. 14.).

15) L. 215. D. *de verb. sign.* — L. 5. §. 3. D. *ususfr. quemadm. amitt.* (VII. 9.). L. ult. D. *pro derelicto* (XLI. 7.).

16) *Gaj.* II. §. 96.

17) *Gaj.* II. §. 86. 88. 89. — Pr. und §. 3. I. *per quas personas nobis acquir.* (II. 9.).

§. 57.

2. Entstehung der Sclaverei.

Die Sclaverei wird begründet 1. durch Geburt von einer unfreien Mutter [1]), 2. durch ein anderes Ereigniß, welches entweder schon nach allgemeinem Recht (jure gentium) Unfreiheit bewirkt, oder nach dem besonderen Recht der Römer (jure civili). Nach dem ersteren Recht werden Kriegsgefangene Sclaven [2]), wobei indessen den Römern das postliminium (jus postliminii) zu Statten

kommt[3]). Nationen, welche sich den Siegern auf Gnade und Ungnade ergeben haben (populi dedititii) behalten ihre persönliche Freiheit, allein unter großen Beschränkungen[4]). Mehrere Entstehungsgründe der Sclaverei giebt es nach jus civile, nämlich a. konnte ein addicirter Schuldner in die Sclaverei verkauft werden[5]), so wie ein Bürger, welcher sich dem Census oder dem Kriegsdienst entzogen hatte[6]); diese Gründe kennt das neuere Recht nicht mehr. b. Servus wurde auch der Freie, welcher sich in gewinnsüchtiger Absicht (ad participandum pretium) einem mit dem Stande des Menschen Unbekannten als Sclave verkaufen ließ, falls er mindestens **20** Jahr alt war[7]). c. Die zum Tode, zum Bergbau (ad metallum) oder zu sonstiger öffentlicher Arbeitsstrafe (in opus publicum) Verurtheilten, waren servi poenae[8]), übrigens servi sine domino[9]). d. Eine Frauensperson fiel wegen unzüchtigen Umgangs mit einem fremden Sclaven dem Herrn desselben, welcher dazu nicht eingewilligt, auch mittelst förmlicher Denuntiation ihr die Fortsetzung des Umgangs erfolglos verboten hatte, als Sclavin an[10]); Justinian hob diesen Entstehungsgrund der Sclaverei auf[11]). Auch ist noch e. der Rückfall der Sclaverei wegen Undanks zu erwähnen[12]), und f. rechtskräftiges Erkenntniß, wobei noch besondere Bestimmungen gegen den als Sclaven in Anspruch genommenen Menschen, welcher den an ihn ergangenen prozessualischen Auflagen keine Folge geleistet hat, vorkommen[13]).

1) §. 4. I. *de jure person.* — *Festus* de V. S. v. *vernae.* — Vgl. *Gaj.* I. §. 84 — 86.

2) §. 4. I. *de jure pers.*

3) *Gaj.* I. §. 129. — §. 5. I. *quib. mod. jus pot. solv.* (I. 12.). Tit. Dig. *de captivis et de postliminio et redemtis ab hostib.* (XLIX. 15.). — Vgl. *Cic.* Top. c. 8. *Plutarch.* quaest. Rom. c. 5.

4) *Gaj.* I. §. 13. in f. §. 14. — „cujus conditionis sunt peregrini dedititii. Vocantur autem sic, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt et deinde victi se dediderunt".

5) *Gellius* N. A. lib. XX. c. 1. (Lex XII tabb. Tab. III.).

6) *Cic.* or. pro Caec. c. 34.

7) L. 1. u. 3. D. *quib. ad libertatem proclamare non licet* (XL. 13.). §. 4. I. *de jure pers.* — L. 7. §. 2. D. *de liberali causa* (XL. 12.).

8) S. §. 56. Note 6. — Eingeschränkt von Justinian Nov. 22. c. 8.

9) L. 3. pr. D. *de his quae pro non scr. hab.* (XXXIV. 8.): „poenae servus est, non Caesaris, et ita Divus Pius rescripsit". L. 17. pr. D. *de poenis* (XLVIII. 19.). Vgl. übrigens *Plin.* ep. X. 40. Sonstige servi sine domino waren z. B. der derelinquirte Sclave und der Freigelassene, an welchen noch die Servitut des Usufructs haftet.

10) *Gaj.* I. §. 91. §. 160. *Pauli* sent. rec. Lib. II. T. 21 *a*.

11) Tit. Inst. *de successionib. sublatis quae fiebant — — ex SCto Claudiano* (III. 12.).

12) §. 1. I. *de cap. dem.* (I. 16.).

13) L. 1. §. 2. C. *de assert. toll.* (VII. 17.). — Das gerichtliche Verfahren über Freiheit oder Unfreiheit eines Menschen heißt liberalis causa, oder liberale judicium. Tit. Dig. *de liberali causa* (XL. 12.).

§. 58.

II. Freiheit. 1. *Ingenui.*

Tit. Inst. de ingenuis I. 4.

Den servi sind entgegengesetzt die Freien (liberi homines), und diese entweder Freigeborne (ingenui) oder Freigewordene (liberti, libertini). Ingenuus ist der von einer freien Mutter Geborne[1]): es genügt aber, wenn die Mutter auch nur zur Zeit der Conception, oder der Schwangerschaft, oder der Geburt frei war[2]). Die Rechte der Ingenuität gehen dadurch nicht verloren, daß Jemand in einem, rechtmäßigen oder ungerechten, Sclaverei- oder diesem ähnlichen Abhängigkeits-Verhältnisse gestanden hat[3]), falls er nicht zur Strafe wirklicher Sclave geworden ist[4]). Der eigentlichen Ingenuität gleich steht es, wenn dafür rechtskräftig entschieden ist[5]); auch kann ein Freigelassener durch kaiserliches Rescript die Rechte eines Ingenuus erhalten[6]).

1) Pr. I. *h. t.* — Vgl. übrigens *Gaj.* I. §. 84—86.

2) Pr. I. *h. t.* L. 5. §. 2. 3. D. *de statu homin.* (I. 5.).

3) §. 1, I. *h. t.* — — „Saepissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem". — Vgl. Pr. I. *de libertinis* „Libertini sunt, qui *ex justa servitute manumissi sunt*". L. 6. D. *de statu hom.* — L. 21. D. *de captiv. et de postlim.* (XLIX. 15.). L. 2—4. L. 9. C. *de ingen. manum.* (VII. 14.). Vgl. auch unten §. 63. Note 14 u. 17.

4) L. 21. D. *de statu homin.*

5) L. 25. D. *de statu homin.* — Vgl. L. 1. C. *de ingen. manum.* u. Tit. Dig. *de collus. detegenda* (XL. 16.).

6) Tit. Dig. *de natalib. restituendis* (XL. 11.). — L. 2. D. *eod.* — „Illis enim utique natalibus restituitur (libertinus), in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur" —. L. 2. C. *de jure annulorum aureorum et de natalib. restituendis* (VI. 8.).

§. 59.

2. *Libertini.* *a.* Begriff und Entstehungsarten.

Tit. Inst. de libertinis (I. 5.).

Libertini sind die von rechtmäßiger Sclaverei befreieten Personen [1]); in Beziehung auf ihren ehemaligen Herrn oder jetzigen Patronus heißen sie liberti [2]). Die Freiheit tritt entweder ohne Zuthun des Herrn ein, oder durch Manumission. 1. Ohne Manumission wird der Sclave frei a. um ihn zu belohnen [3]), b. zur Strafe für den Herrn [4]), c. in Folge seines Verhältnisses als statu liber [5]), d. durch Verjährung [6]), e. aus einigen anderen in den Gesetzen bestimmten Gründen [7]). 2. Manumission ist die auf Freiheitsertheilung gerichtete Erklärung oder Handlung des Herrn [8]). Es sind dabei die feierlichen (legitimae) Manumissionsformen und die unfeierlichen zu unterscheiden. A. Die ersteren waren: a. manumissio vindicta, d. i. eine förmliche Freiheitserklärung vor dem magistratus, welcher legis actio hatte [9]), b. manumissio censu, d. i. die mit Bewilligung des Herrn erfolgte Eintragung des Sclaven in den census der Röm. Bürger [10]), c. manumissio testamento, d. h. es wurde der Sclave geradezu im Testament für frei erklärt, in welchem Falle er libertus orcinus war, d. h. keinen Patronus hatte [11]); anders verhielt es sich, wenn ein Auftrag zur Freilassung an den Erben erfolgte, was fideicommissaria libertas hieß [12]). Zu diesen Formen kam unter K. Constantin noch d. die manumissio in ecclesiis, die förmliche Freiheitserklärung vor versammelter Gemeinde hinzu [13]). B. Die unfeierliche Freilassung hieß manumissio inter amicos, wenn sie mündlich erfolgte [14]), per epistolam, wenn

dem Sclaven ein Freibrief ausgestellt wurde [15]). Ja es bedurfte nicht einmal einer ausdrücklichen Manumissionserklärung, sondern es genügten Handlungen und Aeußerungen, woraus mit Sicherheit auf die Absicht zu manumittiren geschlossen werden konnte [16]). Justinian schreibt die Zuziehung von 5 Zeugen und die Anfertigung einer Urkunde als regelmäßige Form für die Freilassungen vor, welche nicht unter Anwendung einer zu seiner Zeit noch üblichen feierlichen Manumissionsform erfolgten [17]).

1) Pr. I. *h. t.* (s. §. 58. Note 3.). — Uebrigens werden auch die Kinder der Freigewordenen libertini genannt; *Sueton.* in Claud. c. 24. Vgl. auch die folg. Note.

2) L. ult. D. *si ingen. esse dic.* (XL. 14.). — „quoties quis *libertinum* quidem se confitetur, *libertum autem Caji Seji* se negat" —. Doch werden in unseren Rechtsquellen die Ausdrücke libertini und liberti als gleichbedeutende gebraucht; vgl. z. B. *Ulp.* Fr. I. §. 5. 6. und §. 4. I. *de succ. libertor.*

3) S. z. B. L. 4. pr. D. *de bonis libert.* (XXXVIII. 2.). Tit. C. *Pro quib. causis servi pro praemio libertatem accip.* (VII. 13.). L. 5. D. *qui sine manum.* (XL. 8.). „Qui ob necem detectam domini praemium libertatis consequitur, fit *orcinus libertus*" (Note 11.).

4) Z. B. L. 7. pr. D. *de jure patronatus* (XXXVII. 14.). L. 2. D. *qui sine manumissione ad libertatem perveniunt* (XL. 8.). L. un. §. 3. C. *de lat. lib. toll.* (VII. 6.).

5) L. 3. §. 16. 17. D. *de statu liberis* (XL. 7.). L. 1. 3. 4. D. *qui sine manumissione ad libert. perveniunt.*

6) L. 2. C. *de longi temp. praescr. quae pro libertate et non adversus libertatem opponitur* (VII. 22.).

7) Z. B. L. 4. C. *de propositis sacri cubiculi* (XII. 5.). L. 3. C. *commun. de manumissionib.* (VII. 15.). §. 3. I. *de nox. actionibus.*

8) L. 4. D. *de J. et J.* (I. 1.).

9) *Ulp.* Fr. Tit. I. §. 7. *Pauli* sent. rec. II. Tit. 25. §. 4. — Ueber den Grund der Benennung waren schon die Alten verschiedener Meinung; vgl. *Liv.* II. 5. L. 2. §. 24. D. *de O. J.* (I. 2.). *Theophilus* in paraphr. ad §. 4. (3.) I. *h. t.* ed. *Reitz.* p. 59. Auch der ritus selbst (der Hauptsache nach in früherer Zeit ein Scheinstreit über Freiheit) wird nicht von Allen auf dieselbe Art beschrieben, was sich daraus erklärt, daß die Handlung im Laufe der Zeiten immer weniger förmlich wurde.

10) Vgl. *Dosith.* Fr. de manumissionib. §. 17. (19.). *Gaj.* I. §. 17. 44. *Ulp.* Fr. I. I. §. 8. „Censu *manumittebantur olim*, qui lustrali censu Romae, jussu dominorum, inter cives Romanos censum profitebantur".

11) *Gaj.* II. §. 267. „Qui directo testamento liber esse jubetur, velut hoc modo: *Stichus servus meus liber esto*, vel *Stichum servum*

meum liberum esse jubeo, is *ipsius testatoris fit libertus*". Vgl. §. 2. I. *de singul. reb. per fideib. rel.* (II. 24.): „qui etiam orcinus appellatur". Denn der Patron, d. h. der Testator befand sich im Orcus. Vgl. unten §. 62.

12) Tit. Dig. *de fideicommissariis libertatib.* (XL. 5.). — *Gaj.* II. §. 263—266.

13) L. 1. C. *de his qui in eccl. manumitt.* (I. 13.).

14) Vgl. *Dosith.* l. l. §. 7. (9.). *Gaj.* I. §. 41. 44. II. §. 25. *Ulp.* Tit. I. §. 10. *Theophil.* ad §. 4. (3.) I. *h. t.* p. 61. ed. *Reitz.*

15) *Dosith.* l. l. §. 15. (17.). *Theophil.* l. l. p. 60. 62.

16) S. die Epit. des Gajus in der Westgothischen Compilation (vgl. oben §. 5.) Lib. I. Tit. 1. §. 2. — „qui — *convivii adhibitione* manumittuntur". *Theophil.* l. l. p. 60. — „per mensam". — Vgl. auch §. fin. I. *de adoptionib.* (I. 11.) und dazu Theophilus in der Paraphr. — L. un. §. 10. C. *de lat. lib. toll.* (VII. 6.). — „si dominus inter acta quendam filium suum nominaverit" —.

17) L. un. §. 1. 2. C. *de lat. lib. toll.* — Vgl. übrigens L. un. §. 10. 11. eod. tit.

§. 60.

b. Gesetzliche Beschränkungen der Manumissionen.

Von den mancherlei gesetzlichen Einschränkungen der Freiheitsertheilung [1]) sind vor allen zu erwähnen 1. die in der Lex Aelia Sentia (unter Augustus aus dem J. n. E. R. 757.) angeordneten [2]). Sie verbot namentlich die Freilassungen zum Nachtheil der Gläubiger des Herrn [3]), und bestimmte außerdem a. Sclaven, welche auf eine schimpfliche Weise bestraft, durch die Folter eines Verbrechens überwiesen, oder zu Gladiatoren- und Thierkämpfen gebraucht seien, sollten nur die beschränkte Freiheit der dedititii erhalten [4]). b. Zur Erlangung der Civität gehöre ein wenigstens dreißigjähriges Alter des zu Manumittirenden [5]) und ein zwanzigjähriges des Manumissor [6]). Doch können beide Mängel ersetzt werden durch eine causae probatio apud consilium, d. h. es mußte ein gesetzlich anerkannter Grund bei dem (in Rom aus 5 Senatoren und 5 equites, in den Provinzen aus 20 Recuperatoren bestehenden) consilium angeführt und bewahrheitet werden [7]), und außerdem war erforderlich, daß die Freilassung vindicta erfolgte [8]). Justinian verstattete

eine testamentarische Freilassung denjenigen schon, welche das siebenzehnte Jahr ihres Alters zurückgelegt hatten[9]). **2.** Eine Lex Furia (nicht Fusia) Caninia, ebenfalls unter Augustus[10]), bestimmte, daß ein Herr von seinen Sclaven nicht über eine bestimmte Anzahl (von 3 Sclaven nicht mehr als 2, bis zu zehn höchstens die Hälfte u. s. w. und in keinem Fall mehr als 100) durch Testament freilassen solle[11]). Justinian hob dieses Gesetz auf[12]).

1) S. z. B. den Titel des Codex *Qui non possunt ad libertatem pervenire* (VII. 12.). — L. 12 — 15. D. *qui et a quibus manumissi liberi non fiunt* (XL. 9.). — L. 12. D. *de manumissionib.* (XL. 1.).

2) Tit. Inst. *Qui et quibus ex causis manumittere non possunt* (I. 6.).

3) Pr. §. 1 — 3. I. *h. t.* (I. 6.).

4) *Gaj.* I. §. 13. „Lege Aelia Sentia cavetur, ut, qui servi a dominis poenae nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, inve ludum custodiamve conjecti fuerint, et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, ejusdem conditionis liberi fiant, cujus conditionis sunt peregrini dedititii". *Ulp.* Fr. Tit. I. §. 11. Vgl. §. 57. Note 4. und §. 61. a. E.

5) *Gaj.* I. §. 18. *Ulp.* Fr. Tit. I. §. 12. *Dosith.* de manumissionib. §. 17. (19.).

6) *Gaj.* I. §. 38. 40. 41. *Ulp.* Tit. I. §. 13. (Vgl. §. 61. Note 9.) — §. 4. I. *h. t.* (I. 6.).

7) *Gaj.* I. §. 19. 20. 39. *Ulp.* Tit. I. §. 13*a*. — §. 5. *h. t.* „Justae autem causae manumissionis hae sunt: veluti si quis patrem, aut matrem, filium filiamve, aut fratrem sororemve naturales, aut paedagogum, aut nutricem, educatorem, aut alumnum alumnamve, aut collectaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa, dum tamen intra sex menses uxor ducatur" —.

8) *Gaj.* I. §. 18. — „nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives Romanos fieri, *quam si vindicta* apud consilium justa causa manumissionis approbata, *liberati fuerint*". Ebendas. I. §. 38.

9) §. 6. I. *h. t.* (I. 6.)

10) Ob vor oder nach der Lex Ael. Sentia? ist streitig.

11) *Gaj.* I. §. 42 — 46.

12) Tit. Inst. *de lege Furia Caninia tollenda* (I. 7.).

§. 61.

c. Verschiedener Zustand der Freigewordenen.

Die Freigewordenen waren entweder cives Romani, oder Latini (Juniani), oder dedititii. Um durch Freilassung die Civität zu erlangen, mußte, auch abgesehen von den besonderen Beschränkungen der Lex Aelia Sentia (§. 60. 1. a. b.), der Manumissor das volle Römische Eigenthum an dem Sclaven haben [1]) und die Freilassung durch eine der feierlichen Manumissionsformen (§. 59. 2. A.) erfolgen. Fehlte auch nur eins dieser Erfordernisse, so hatte die Manumission Anfangs nur einen von der Willkühr des Herrn abhängigen factischen Freiheitszustand (morari in libertate) zur Folge [2]). Später schützte der Prätor den also Freigelassenen in diesem Zustande [3]), auch wurde demselben der Zutritt zur Civität auf manche Art erleichtert (s. unten Note 8.), durch eine Lex Junia [4]) unter Tiber (772 n. E. Roms) aber bestimmt, daß diese Manumittirten die Latinität, jedoch mit gewissen Beschränkungen [5]), erhalten sollten; sie hießen daher zum Unterschiede von den Latini veteres oder coloniarii: Latini Juniani [6]). Die Gründe, aus welchen Freigelassene dieser Art früher schon die volle Civität, zum Theil ohne Zuthun ihres vormaligen Herrn, erlangen konnten, werden durch neue vermehrt und, wie auch einzelnes Andere [7]), in unseren Rechtsquellen so vorgetragen, als ob sie gleich Anfangs sich auf die Latini Juniani bezogen hätten, d. h. erst mit oder seit der Lex Junia aufgekommen wären [8]). Uebrigens war zur Begründung auch der Latinität manumissionsfähiges Alter des Herrn erforderlich [9]). — Was endlich die Lage der dedititii anbetrifft [10]), so konnten diese nie die Civität erlangen, ja sie durften sich weder in Rom selbst, noch innerhalb des größeren städtischen Districts (intra centesimum urbis Romae miliarium) aufhalten; geschah dies dennoch, so wurden sie als Sclaven öffentlich verkauft unter der Bedingung, ihnen ihren Aufenthalt außerhalb jenes Districts anzuweisen, auch sie nicht zu manumittiren. Die Nichtbeobachtung dieser Bedingung hatte die Folge, daß der ehemalige dedititius servus populi Romani wurde [11]). —

Justinian hob diese Verschiedenheiten zwischen den Freigelassenen ganz auf [12]); seitdem erhielten alle auf gehörige Art Freigelassene [13]) die Civität.

1) *Gaj.* I. §. 35. III. §. 56. *Ulp.* Fr. I. 16. „Qui tantum in bonis, non etiam ex jure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum (s. unten Note 6.) facit". — Ebendas. §. 23. — Es muß hierbei vorläufig an den Unterschied des Röm. Eigenthums (ex jure Quiritium) und des in bonis esse erinnert werden; vgl. *Gaj.* II. §. 40.

2) *Dosith.* de manum §. 4. (6.) — „qui inter amicos — manumittebantur, — domini voluntate in libertate morari —". §. 5. *eod.*

3) *Dosith.* l. l. §. 5. — „interveniebat Praetor, et non patiebatur manumissum servire. — Omnia tamen quasi servus adquirebat manumissori" —. *Gaj.* III. 56. — „auxilio Praetoris in libertatis forma servari solitos" — .

4) In §. 3. I. *h. t.* (I. 5.) heißt sie Lex Junia Norbana.

5) Die Latini hatten das commercium, also auch die testamentifactio (s. oben §. 53.); gerade hierin aber waren die Latini Juniani beschränkt: *Gaj.* I. 23. „Non tamen illis permittit Lex Junia testamentum facere" —. *Ulp.* Fr. I. 14. — Deshalb sagt Justinian in §. 4. I. *de succ. libertor.* (III. 7.) von den Latinen: „ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum ita bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Junia manumissores accipiebant".

6) *Dosith.* l. l. §. 6. (8.). *Gaj.* III. §. 56. 57. *Ulp.* I. §. 10.

7) Vgl. *Gaj.* I. §. 29. *Ulp.* Fr. III. 3.

8) *Gaj.* I. §. 28—35. *Ulp.* Tit. III. „Latini jus Quiritium consequuntur his modis: beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, aedificio, pistrino" — (§. 1.) — „Liberis — — — —, ut si civem Romanam vel Latinam uxorem duxerit, testatione interposita, quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit, postea filio filiave nato natave et anniculo facto possit apud Praetorem vel Praesidem provinciae *causam probare* et fieri civis Romanus, tam ipse, quam filius filiave ejus et uxor" —. Hierüber, so wie überhaupt über die auf Begründung der Civität gerichtete causae probatio vgl. *Gaj.* I. 29—32. 67—77. 87. II. 142. III. 5. 73. *Ulp.* VII. 4.

9) *Gaj.* I. §. 41. — Ob auch das dreißigjährige Alter des Manumittenden oder causae probatio dazu erforderlich war? kann bezweifelt werden. Vgl. *Gaj.* I. §. 29. 30. *Ulp.* I. §. 12. Soviel ist gewiß, daß für die durch Testament freigelassenen noch nicht dreißigjährigen Sclaven das morari in libertate, also seit der Lex Junia die Latinität entstand; *Ulp.* I. I.

10) Denn von Entstehung derselben ist bereits die Rede gewesen; §. 60. 1. a.

11) *Gaj.* I. 25—27. III. 74. 75. *Ulp.* XX. 14. XXII. 2.

12) L. un. C. *de deditilia libertate toll.* (VII. 5.) und L. un. C. *de latina lib. toll.* (VII. 6.).

13) Dazu gehörte auch noch zu Justinians Zeit ein bestimmtes Alter des Sclaven und Herrn, oder an dessen Statt causae probatio (s. §. 60.);

ferner waren die wichtigeren Arten der unfeierlichen Manumissionen jetzt an bestimmte Formen gebunden, s. §. 59. a. E. Eine Freilassung ohne Beobachtung der zu Justinians Zeit noch geltenden Formen oder das Vorhandensein sonstiger Bedingungen, hatte überall keine Wirkungen; L. un. § 12. D. *de lat. lib. toll.*

§. 62.

d. Allgemeines Rechtsverhältniß der Freigewordenen (Patronatrecht).

Liberti, auch wenn sie cives waren, hatten ein geringeres Ehrenrecht, wie andere Römische Bürger [1]). Auch diesen Unterschied hob indessen Justinian auf [2]), so daß die rechtliche Verschiedenheit zwischen ingenui und liberti sich auf das Patronatverhältniß beschränkte [3]), worin die Letzteren standen, aber auch dann nur, wenn sie nicht liberti orcini waren (s. §. 59. Note 11.). Indessen auch das Patronatrecht hatte von seiner früheren Bedeutung Manches verloren. Von den noch gebliebenen Rechten des Patrons sind auszuzeichnen: **1.** die officia obsequii und reverentiae des Freigelassenen [4]), deren Vernachlässigung ihn zum libertus ingratus machte [5]); **2.** das Recht des dürftigen Patrons auf Alimente [6]); **3.** das Erbrecht des Patrons [7]); **4.** die Befugniß aus den sehr begünstigten Versprechungen des Libertus [8]) dona und munera zu fordern, so wie Dienstleistungen (operas) [9]), wobei noch unterschieden werden die operae officiales und fabriles oder artificiales [10]). Einzelne Patronatrechte gehen auch auf die Kinder des Patrons [11]), welcher übrigens einzelnen derselben das Recht über den Libertus durch Testament zuweisen darf [12]).

1) L. 44. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII. 2.). — Tit. Dig. *de jure aureorum annulorum* (XL. 10.).

2) Nov. 78. c. 1. 3. 5.

3) Nov. 78. c. 2.

4) Tit. Dig. *de obsequiis parentibus et patronis praestandis* (XXXVII. 15.).

5) L. 19. D. *de jure patronatus* (XXXVII. 14.). Vgl. oben §. 57. Nr. e. und Note 12.

6) L. 5. §. 20. 21. L. 9. D. *de agnoscendis et alendis liberis* (XXV. 3.).

7) Tit. Dig. *de bonis libertorum* (XXXVIII. 2.) und unten die Lehre vom Erbrecht.

8) L. 4. L. 7. pr. §. 1—?. D. *de operis libertor.* (XXXVIII. 1.).

9) L. 7. §. 3. D. *de oper. libertor.*

10) L. 6. L. 22. L. 23. D. *de oper. libertor.*

11) L. 5. §. 20. D. *de agnosc. et alend. liber.* L. 5. L. 7. §. 6. L. 22. §. 1. D. *de oper. lib.* — *Gaj.* III. §. 46. *Ulp.* Fr. Tit. XXVII. §. 1. 4.

12) Tit. Inst. *de assignatione libertorum* (III. 8.).

Drittes Capitel.

Das Familienrecht.

§. 63.

I. Gegensatz von *homines sui* und *alieni juris.*

Sui juris sind die unabhängigen, d. h. keiner Privat- (oder Familien-) Gewalt unterworfenen Menschen [1]; sie heißen auch patresfamiliarum, oder matresfamiliarum, weil sie Andere in ihrer Gewalt haben **können** [2]), wobei sich übrigens ein besonders für das eigentliche Familienrecht sehr bedeutender Unterschied zwischen Personen männlichen und weiblichen Geschlechts findet [3]). Alieni juris homines sind die einer Privatgewalt unterworfenen Menschen, die nicht nur selbst keine Privatgewalt über Andere [4]), sondern auch nach dem strengen Rechtsprinzip überhaupt nichts Eignes haben können, vielmehr Alles dem erwerben, in dessen Gewalt sie stehen [5]). Die verschiedenen Arten dieser Privatgewalt führen die Römer auf drei Begriffe zurück: potestas, manus, mancipium [6]). Durch potestas wird das (an und für sich freilich sehr verschiedene) Gewaltverhältniß bezeichnet, worin Sclaven zu ihrem Herrn, und Kinder — filii filiaevefamilias oder familiarum [7]) — zu ihrem Vater, Großvater u. s. w. stehen [8]). Diesem letzteren Gewaltverhältniß sehr ähnlich (doch in Beziehung auf das Recht über die Person viel milder) war die manus, d. h. das Recht des Mannes über die Hausfrau, welche sich ihm in strenger Ehe

(s. unten §. 70. 74.) vermählt und dadurch gleichsam in das Verhältniß einer filiafamilias zu ihrem paterfamilias getreten war [9]). Das mancipium, oder in mancipio esse in seiner engeren Bedeutung [10]) dagegen hatte mit der Abhängigkeit von einem dominus viel mehr Aehnlichkeit; es war ein sclavenähnliches Verhältniß für die darin stehenden Personen [11]), nur in besonderen Beziehungen gemildert [12]). Auch war die Freilassung aus dem Mancipium sehr begünstigt [13]) und hob die ursprüngliche Ingenuität nicht auf [14]). Begründet wurde das Mancipium theils durch wirklich bezweckte Uebertragung in dasselbe von Seiten dessen, welcher das Recht zu manzipiren hatte [15]), theils dicis causa, oder die Uebertragung ins Mancipium war bloße Form, wodurch andere Zwecke vermittelt wurden [16]). — Da im Justinianeischen Recht die manus und das mancipium verschwunden war [17]), so ist in demselben nur noch von der potestas die Rede [18]). Für den gegenwärtigen Abschnitt aber kommt lediglich die potestas über Hauskinder (patria potestas) in Betracht, welche die Quelle des eigentlichen Röm. Familienrechts ist (s. §. 64. Note 4. und §. 67.).

1) Pr. I. *de his qui sui vel alieni juris sunt* (I. 8.). L. 1. pr. D. *eod.* (I. 6.). — Es kommen dafür auch andere Benennungen vor; so: caput liberum (§. 1. I. *de tut.* I. 13.), sui arbitrii (L. 22. D. *de ritu nupt.* XXIII. 2.), propriae oder suae potestatis (L. 4. D. *h. t.* L. 15. C. *de jure delib.* VI. 30.) u. s. w.

2) *Ulp.* Fr. Tit. IV. §. 1. — L. 195. §. 2. D. *de verb. sign.* — „Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, *quamvis filium non habeat: non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus.* Denique et pupillum patremfamilias appellamus" —.

3) Frauen sind nämlich der patria potestas nicht fähig, §. 10. I. *de adopt.* (I. 11.), können daher kein Römisches Familienrecht begründen (s. den Schluß dieses §.). Daher sagt Ulpian (in der L. 195. §. 5. D. *de verb. sign.*): „Mulier familiae suae et caput et finis est". Vgl. auch L. 196. *eod.*

4) L. 21. in f. D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5.) — „in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis". — Vgl. übrigens *Gaj.* I. §. 148. — „nurui, *quae in filii manu est*" —.

5) *Gaj.* II. §. 86. 87.

6) *Gaj.* I. §. 49. — „personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate parentum, aliae in potestate dominorum, aliae in manu, aliae in mancipio sunt".

7) L. 4. D. *h. t.* (I. 6.). L. 195. §. 2. D. *de verb. sign.*

8) §. 3. I. *de patr. pot.* (I. 9.).

9) *Gaj.* I. §. 108. 109. §. 115*b*.

10) Im weiteren Sinne sind Alle in mancipio, die manzipirt werden können, also auch Sclaven, Hauskinder, die uxor. in manu. *Gaj.* I. §. 117. 118.

11) *Gaj.* I. §. 123. 138. II. §. 86. 90.

12) *Gaj.* I. §. 141. IV. §. 80.

13) *Gaj.* I. §. 139. 140.

14) arg. §. fin. I. *de ingen.* L. 2. C. *de patrib. qui filios suos distraxerunt* (IV. 43.).

15) *Gaj.* I. §. 141. 141.

16) *Gaj.* I. §. 134. 135. 195.

17) Doch gab es wenigstens noch einen Fall, wo die Freilassung aus einer rechtmäßigen servitus nicht blos sehr erleichtert war, sondern auch unbeschadet der Ingenuitätsrechte erfolgte; L. 2. C. *de patrib. qui fil. suos distr.*

18) Pr. I. *h. t.* (I. 8.).

§. 64.

II. Verschiedene Bedeutungen des Ausdrucks *familia.*

Aus der Etymologie des Worts (von famulari, unterworfen sein), erklärt es sich, daß familia nicht blos auf Personen, sondern auch auf Sachen bezogen wird [1]), nämlich auf den Complex der servi eines Herrn [2]), so wie auf das Gesammtvermögen eines Erblassers [3]). Auch in der Anwendung auf Personen tritt als besonders wichtig für das Röm. Recht der Begriff hervor, nach welchem familia einen Complex von Agnaten (§. 67.) bedeutet; Grundlage dieses Begriffs ist die Gewalt über freie Menschen (patria potestas) und er umfaßte ursprünglich das ganze Familien-Recht [4]). Man erweiterte aber den Begriff von familia, indem man ihn auch 1. auf den Inbegriff unter einander verwandter Personen (die natürliche Familie) bezog [5]), ja sogar 2. auf die gentes, d. h. auf mehrere Familien [6]), welche durch einen gemeinschaftlichen Geschlechtsnamen [7]) und gemeinschaftliche sacra verbunden waren [8]). Die Mitglieder einer solchen gens hießen gentiles, vorzugsweise aber diejenigen, welche zu der herrschenden (patrizischen) Familie in der gens ge-

hörten[9]). Die Gentilitätsverbindung verlor unter den Kaisern ihre Bedeutung[10]); desto wichtiger erschien aber jetzt die natürliche Familie, an welche, soweit sie aus Verwandten bestand (s. § 65.), nach und nach die Agnationsrechte zum größten Theil übergingen. Eine Darlegung des Begriffs der natürlichen Familie und ihrer Bestandtheile ist daher als die allgemeinste Grundlage des neueren Familienrechts anzusehen.

1) L. 195. §. 1. D. *de verb. sign.* „Familiae appellatio — — varie accepta est; nam et in res et in personas deducitur".

2) L. 195. §. 3. D. *de verb. sign.* §. fin. I. *de his qui sui vel al. jur. sunt.* — Vgl. L. 40. § 3 D. *de verb. sign.* „Unicus servus familiae appellatione non continetur; ne duo quidem familiam faciunt". S. indessen L. 1. §. 16. 17. D. *de vi et vi arm.* (XLIII. 16.).

3) L. 195. §. 1. D. *de verb. sign.* — „in res, utputa in lege duodecim tabularum his verbis: Agnatus proximus *familiam* habeto". — *Gaj.* II. §. 102. — „amico familiam suam, i. e. patrimonium suum mancipio dabat" —. § 103. — „familiae emtor, i. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio". — Rubr. Tit. Dig. *familiae erciscundae* (X. 2.). § 20. 1. *de actionib.* (IV. 6.).

4) L. 195. §. 2. D. *de verb. sign.* — „Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utputa nepotes, et neptes, et deinceps". (Zunächst — jure proprio — bildet also der paterfamilias mit den in seiner Familiengewalt, der potestas und der manus, befindlichen freien Menschen die Römische Familie. Daran knüpft sich denn folgerecht der Begriff von Agnaten): — — „Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum; nam *etsi patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur*, qui ex eadem domo — proditi sunt". (S. §. 67.). Im Eingange der Stelle berücksichtigt Ulpian auch die Erweiterung des Begriffs auf die natürliche Familie; s. die folg. Note.

5) L. 195. §. 2. D. *de verb. sign.* „Fa·iliae appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem, quod aut jure proprio —, aut communi *universae cognationis* continetur" — Vgl. L. 69. §. 4. D. *de leg.* II. (XXXI.). L. ult C. *de verb. sign.* (V. 38.).

6) L. 195 §. 4. D. *de verb. sign.* „Item appellatur familia plurium personarum, quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur, *sicuti dicimus familiam Juliam, quasi a fonte quodam memoriae*". Nach einer vulgären Vorstellungsweise dachte man sich nämlich die Mitglieder einer gens als abstammend von demselben Stammvater. Vgl. *Macrobius* Saturnal. I. c. 16. — — „feriae propriae familiarum, ut familiae Claudiae, vel Aemiliae, seu Juliae, sive Corneliae" —.

7) Außer diesem, auf *ius* (*vιος*) sich endigenden Gentilitätsnamen führten die Römer noch den eigentlichen Geschlechts- oder Familien-Namen (cognomen) und das die einzelnen Individuen bezeichnende praenomen; z. B. C. Julius Caesar.

8) S. *Festus* de V. S. v. *publica sacra*. — „sacra — — privata, quae pro singulis hominibus, familiis, *gentibus* fiunt".

9) *Cic.* Top. c. 6.

10) *Gaj.* III. § 17. — „totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse". — *Ulp.* in der coll. Mos. et Roman. Leg. (Lex Dei). Tit. XVI. c. 4. in f. „Nunc nec gentilitia jura in usu sunt".

§. 65.

III. Die natürliche Familie[1]). 1. Verwandtschaft.

Vorzugsweise ist der Begriff der natürlichen Familie auf verwandte Personen zu beziehen. Verwandte — cognati — im eigentlichen Sinne nennen wir die durch Erzeugung oder Gemeinschaft des Bluts mit einander verbundenen Personen[2]). Für die rechtlichen Wirkungen der Verwandtschaft kommt viel darauf an, ob die Erzeugung in einer rechtmäßigen Ehe erfolgt ist, oder außer derselben. Die in der Ehe erzeugten Kinder heißen liberi justi, oder legitimi, legitime quaesiti[3]), die außerehelichen naturales[4]), worunter aber vorzüglich die im Concubinat (§. 69.) Erzeugten verstanden werden[5]), im Gegensatz von spurii oder vulgo quaesiti[6]). Um das Verhältniß verwandter Personen zu bestimmen, sind die Ausdrücke Linie und Grad zu bemerken. Unter der Linie versteht man eine Reihe von Verwandten[7]), Grad ist die Bezeichnung der Nähe oder Entfernung einer Verwandtschaft[8]). Die Linie nun ist **1.** eine gerade — recta linea[9]) — wenn die Verwandten zu einander in dem Verhältnisse der Erzeuger und Erzeugten — liberi, parentes[10]), ascendentes, descendentes[11]) — stehen; superior et inferior cognatio[12]). Sie heißt **2.** eine Seitenlinie — transversa linea[13]), wenn die Verwandtschaft lediglich durch Herkunft von einem gemeinschaftlichen Stammvater begründet ist. Die Seitenlinie nennt man eine gleiche (s. g. linea collateralis aequalis), wenn die verwandten Personen in gleichem Grade dem gemeinschaftlichen parens

verwandt sind; steht die eine demselben näher, wie die andere, so heißt es: sie sind in der ungleichen Seitenlinie (s. g. linea collateralis inaequalis) einander verwandt [14]). Die Berechnung der Grade (graduum computatio) erfolgt in der Art, daß man jede zwischen den Verwandten in der Mitte liegende Zeugung als einen Grad zählt [15]); hiernach sind Eltern und Kinder im ersten, Geschwister im zweiten Grade verwandt u. s. w. [16]). Die Verwandtschaft kann bisweilen aus mehreren Gründen abgeleitet werden, was man eine mehrfache Verwandtschaft nennt [17]); nicht zu verwechseln mit der vollbürtigen, im Gegensatz der halbbürtigen, ein Unterschied, welcher sich nur auf Geschwister bezieht. Vollbürtige Geschwister sind die von demselben Elternpaar abstammenden [18]), halbbürtige (Halbgeschwister), die entweder nur den Vater oder die Mutter mit einander gemeinschaftlich haben. Im ersten Fall nennt man sie consanguinei [19]), im zweiten Fall heißen sie uterini [20]). — Uebrigens kann die Verwandtschaft auch auf künstliche Art, oder juristisch, begründet werden, nämlich durch Adoption (§. 76.); sie heißt alsdann civilis cognatio [21]).

1) Tit. Inst. *de gradibus cognationis* (III. 6.). Tit. Dig. *de gradibus et affinibus et nominibus eorum* (XXXVIII. 10.).

2) L. 4. §. 1. D. *h. t.* L. 10. §. 1. *eod.* „Nomen cognationis a graeca voce dictum videtur; *συγγενεῖς* enim illi vocant, quos nos cognatos vocamus".

3) L. 4. §. 3. D. *de in jus voc.* (II. 4.). L. 3. §. 2. D. *decurionib.* (L. 2.). L. 1 2. C. *de naturalib. lib.* (V. 27.) — Auch jure quaesiti, L. 18. D. *de bon. libertor.* (XXXVIII. 2.).

4) L. 7. C. *de naturalib. liber.* — In einem anderen Sinne werden naturales liberi den Adoptivkindern entgegengesetzt; pr. I. *de adopt.* (I. 11.).

5) L. 2 3. 8. C. *de naturalib. liber.* — §. fin. I. *de nupt.* (I. 10.).

6) L. 23. D. *de statu homin.* (I. 5.). Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt — —; qui et spurii appellantur *παρὰ τὴν σποράν*". — §. 12. I. *de nupt.* — — „quos vulgo mater concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, quum his etiam pater incertus est. Unde solent spurii appellari, vel a graeca voce, quasi *σποράδην* concepti, vel quasi sine patre filii". — §. fin. I. *de senatusc. Tertull.* (III. 3.).

7) L. 9. D. *h. t.*

8) L. 10. §. 10. D. *h. t.* „Gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, i. e. in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus". (Vgl. Note 16.)

9) L. 10. §. 9. D. *h. t.* Vgl. L. 9. *eod.*

10) L. 51. L. 220. pr. D. *de verb. sign.* L. 10. §. 9. D. *h. t.*

11) L. 68. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII. 2.).

12) L. 9. D. *h. t.*

13) L. 9. D. *h. t.* — Auch ex transverso sive a latere; L. 1. pr. D. *h. t.* Oder: ex obliquo; *Pauli* rec. sent. Lib. IV. Tit. II. § 3.

14) Stammt der eine von mehreren Seitenverwandten unmittelbar von dem gemeinschaftlichen parens ab, der andere in entfernterem Grade, so heißt es: parentum loco habentur; § 5 I *de nupt.* Vgl. L. 39. pr. D. *de ritu nupt.* Die Neueren nennen dies einen respectus parentelae.

15) §. 7. I. *h. t.* — „quippe semper generata quaeque persona gradum adjicit".

16) L. 10. §. 12 u. fgg. (bis zu Ende) D. *h. t.* Pr. und §. 1 — 6. I. *h. t.* — Verwandte in aufsteigender Linie bis zum sechsten Grade: Pater, avus, proavus, abavus, atavus, tritavus; in absteigender Linie: filius, nepos, pronepos, abnepos, atnepos, trinepos — Von Verwandten in der Seitenlinie sind hauptsächlich folgende Benennungen zu bemerken, aus dem dritten Grade: patruus, amita, avunculus, matertera; aus dem vierten: consobrini (§ 4. I. *h. t.* — „i. e. qui ex fratribus aut sororibus progenerantur. Sed quidam consobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos, eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari; si autem ex duobus fratribus filiae nascuntur, sorores patrueles appellari, at eos, qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos proprie dici"). Aus dem sechsten Grade: sobrini sobrinaeque (§ 6. I. *h. t.* — „i. e. qui quaeve ex fratribus vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur"). — Vgl noch die Ausdrücke: propior sobrino (§ 5. I. *h. t.*), und a sobrino sobrinave natus (§. 5. I. *de succ. cognator.* III. 5.).

17) Beispiel: L. 10. § 14. D. *h. t.*

18) Die Neueren nennen sie fratres bilaterales, auch germani, ein Ausdruck, der im Röm. Recht eine weitere Bedeutung hat; §. 3. in f. §. 4. I. *de legit. agnat. succ.* (III. 2.).

19) Nach unseren Quellen sind consanguinei alle agnatische Geschwister; §. 5. I. *de senatusc. Tertull.*

20) L. 27. C. *de inoff. test.* (III. 28.). Vgl. *Isidor.* orig. Lib. IX. c. 6.

21) L. 4. §. 2. D. *h. t.* — Das Verhältniß, welches im can. Recht spiritualis cognatio heißt, wird im Röm. Recht nur wenig berücksichtigt. Vgl. L. 26. C. *de nupt.* (V. 4.).

§. 66.

2. Adfinität.

Adfinität im weiteren Sinne ist das auf den Grund einer ehelichen Verbindung [1]) zwischen gewissen Personen be-

gründete, der Verwandtschaft in manchem Betracht analoge Verhältniß. In diesem Sinne werden auch die Ehegatten, ja selbst Verlobte affines genannt [2]). In der engeren, gewöhnlichen Bedeutung ist Adfinität das zwischen dem einen Ehegatten und den Blutsverwandten des anderen durch die Ehe begründete Rechtsverhältniß [3]); insbesondere nennen wir die Adfinität mit den Ascendenten des anderen Ehegatten Schwiegerverwandtschaft [4]), die mit dessen Descendenten Stiefverwandtschaft [5]), mit den Seitenverwandten desselben vorzugsweise Schwägerschaft [6]). Hört nun gleich die Adfinität mit dem Wegfallen der Ehe von selbst wieder auf [7]), so dauern doch manche Wirkungen derselben auch späterhin noch fort [8]). Eigentliche Grade der Adfinität giebt es nicht [9]), indessen werden die Grundsätze über Zählung und Berechnung der Grade auch hier analogisch angewandt [10]).

1) L. 4. §. 8. D. *h. t.* (XXXVIII. 10). — Vgl. übrigens L. 14. §. 3. D. *de R. N.* (XXIII. 2) — „in servilibus adfinitatibus".

2) Vat. Fr. § 218. 262. L. 38. §. 1. D. *de usur.* (XXI. 1).

3) L. 4. § 3 D. *h. t.* Vgl. L. 4. §. 10. *eod.*

4) Dahin gehören die Benennungen socer, socrus, gener, nurus.

5) Vitricus, noverca, privignus, privigna.

6) L. 4. § 6. in f. D. *h. t.* „Viri frater *levir* — appellatur —. Viri soror *glos* dicitur —. Duorum fratrum uxores *janitrices* dicuntur" —.

7) *Gaj.* I. §. 63. — §. 6. I. *de nupt.* L. 3. §. 1. D. *de post.* (III. 1). L. 1. §. 1. D. *unde vir et uxor* (XXXVIII. 11.).

8) Vat. Fr. §. 218. u. 303. §. 7. I. *de nupt.*

9) L. 4. §. 5. D. *h. t.*

10) L. 10. pr. D. *h. t.* „Jurisconsultus cognatorum gradus et *adfinium* nosse debet" —. Die neueren Juristen stellen die Regel auf: Quoto gradu mihi aliquis cognatus est, eodem gradu mihi adfinitate juncta censetur persona, quae cum illo concumbit.

§. 67.

IV. Die juristische Familie, oder: die Agnaten.

Agnaten sind diejenigen, welche mit einander derselben väterlichen Gewalt unterworfen sind, oder doch darin stehen würden, falls der Urheber der Familie noch existirte [1]). Da

nun väterliche Gewalt nur durch Männer begründet werden kann, so definiren die Röm. Juristen Agnaten als: „per virilis sexus personas juncti, quasi a patre cognati" [2]); wobei aber hinzugedacht werden muß: Begründung der Verwandtschaft durch eheliche Erzeugung oder Adoption [3]). Auch hört das Recht der Agnation durch jede capitis deminutio auf [4]). Jede Agnation gewährt auch das Recht der Blutsverwandtschaft, der cognatio im eigentlichen Sinne, jedoch, wenn sie auf künstliche Weise (durch Adoption) entstanden ist, nur in Beziehung auf die Agnaten des Adoptivvaters [5]). Daher wird der Begriff cognati im w. S. auch auf die agnati bezogen, und unterschieden zwischen der cognatio, welche lediglich jure civili begründet ist (durch Adoption), oder lediglich durch Blutsverwandtschaft (jure naturali), oder „utroque jure concurrente, et naturali et civili copulatur cognatio [6]), d. h. es tritt Blutsverwandtschaft mit dem Rechte der Agnation zusammen. Im letzteren Falle bleibt das Recht der Cognation im e. S. auch nach einer minima capitis deminutio, wogegen es für diejenigen wegfällt, welche nur durch eine juristische Handlung (jure civili tantum) Verwandtenrechte erhalten haben [7]). Die Agnaten nun bildeten die Röm. Familie im wahren Sinne [8]). Sie waren durch einen gemeinschaftlichen Familiennamen (das nomen) und durch die sacra familiarum verbunden [9]), womit denn auch das Recht der verwandtschaftlichen Erbfolge und der Tutel zusammenhängt [10]). Allerdings wurde schon in frühen Zeiten auch das blutsverwandtschaftliche Verhältniß und selbst die Affinität rechtlich berücksichtigt [11]), indessen das eigentliche Familienrecht beschränkte sich ursprünglich auf die Agnation. So sehr sich dies nun auch in der Folge änderte, so erfordert doch die Rücksicht auf das rechte Verständniß und den Zusammenhang der Röm. Grundbegriffe, den ursprünglichen Gesichtspunkt festzuhalten und die Agnation als Prinzip des Familienrechts, mithin die patria potestas als die Wurzel desselben zu betrachten.

1) Vgl. §. 64. Note 4. — Auch die manus begründete Agnationsrecht (§. 63); indessen ist sie ein Analogon der väterlichen Gewalt und kommt überdies für das neueste Recht nicht weiter in Betracht.

2) *Gaji* inst. I. §. 156. III. §. 10. — §. 1. I. *de legit. agnat. tut.* (I. 15.). L. 7. D. *de legit. tut.* (XXVI. 4.). Vgl. auch Note 3. 8. 10.

3) *Gaj.* III. §. 10. „Vocantur — agnati, qui legitima cognatione juncti sunt" —. §. 2. I. *de legit. agnat. succ.* (Vgl. Note 5. 6.).

4) L. 7. pr. in f. D. *de cap. min.* (IV. 5.). §. 3. I. *de legit. agnat. tut.* Vgl. Note 7. und oben §. 52.

5) L. 1. §. 4. D. *unde cogn.* (XXXVIII. 8.) „Cognationem facit etiam adoptio; etenim quibus fiet agnatus hic, qui adoptatus est, iisdem etiam cognatus fiet" —. L. 4. §. 10. D. *de gradib. et adfinib.* (XXXVIII. 10.). — „in ea familia, ad quam per adoptionem venit, nemo est illi cognatus, praeter patrem eosve, quibus agnascitur" —.

6) L. 4. §. 2. D. *de gradib.* — „Civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio consistit *per adoptionem*. Utroque jure consistit cognatio, quum justis nuptiis contractis copulatur". — L. 5. pr. D. *unde legitimi* (XXXVIII. 7.).

7) Vgl. L. 1. §. 4. L. 3. D. *unde cognati*. L. 4. §. 1. D. *de gradib.* §. 11. I. *de heredit. quae ab int. defer.* §. 3. I. *de legit. agnat. tut.* — „Nam agnatio juris est nomen, cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique".

8) *Ulp.* Fr. XXVI. §. 1. — „ad agnatos — i. e. cognatos virilis sexus, per mares descendentes, *ejusdem familiae*". — L. 10. §. 2. D. *de gradib.* — „per patrem cognati *ex eadem familia*". — *Gaj.* I. 156. a. E. — „amitae — filius non est mihi agnatus, sed cognatus, — — *quia qui nascuntur patris, non matris familiam sequuntur*". Vgl. §. 64.

9) *Festus* v. *publica sacra*: — „privata, quae pro singulis hominibus, *familiis*, gentibus fiunt". (S. §. 64. Note 8.). — Sacrorum detestatio: *Gellius* N. A. Lib. XV. c. 27.

10) *Ulp.* Fr. XXVI. 1. — „si intestato moritur — — — agnatus proximus familiam habeto". — Auf das Recht zur Tutel bezieht sich die Definition, welche Ulpian von den Agnaten giebt, Fragm. XI. 4. „Agnati sunt a patre cognati *virilis sexus*" —.

11) Namentlich wurden die in gewissen Graden verwandten Personen, so wie nahe adfines, von den beschränkenden Bestimmungen mancher Gesetze entbunden, weßhalb sie auch exceptae personae genannt werden. Vgl. Vat. Fragm. §. 216. §. 298—302. — S. auch L. 1. §. 3. D. *unde cogn.* (XXXVIII. 8.).

§. 68.

V. *Patria potestas*. I. Ihr Begriff und Wesen.

Inst. I. 9. de patria potestate.

Patria potestas ist die dem Vater (väterlichen Großvater u. s. w.) über seine Descendenten nach Röm. Recht zustehende privatrechtliche Herrschaft [1]). Ihr früherer Um-

fang, wonach dem Inhaber dieser Gewalt auch die Befugniß das Kind zu tödten und in die Sclaverei zu verkaufen zustand [2]), ist freilich im Laufe der Zeiten bedeutend gemindert [3]). Immer aber unterscheidet sich die väterliche Gewalt sehr erheblich von dem Rechte, auf welches die Eltern als solche ihren ehelichen Kindern gegenüber Anspruch zu machen haben [4]). Selbst ein wahres Veräußerungsrecht ist dem Vater für einen gewissen Fall noch geblieben [5]). Auch ist er nicht auf das Züchtigungsrecht beschränkt, welches die Erziehung bedingt [6]), zur Heirath der Kinder ist sein Consens erforderlich [7]), er ernennt seinen unmündigen Kindern im Testament Vormünder [8]) und Erben [9]), er macht sein Recht auf die Person der Kinder durch Klagen geltend [10]) und hat wegen unrechtmäßiger Handlungen Dritter ähnliche Klagen, wie sie dem Herrn wegen seiner Sclaven zustehen [11]). Lange konnten Hauskinder auch kein eigenes Vermögen haben, sondern Alles, was sie aus irgend einem Grunde erwarben, fiel, wie der Erwerb eines servus, dem paterfamilias zu [12]), woraus man den Begriff einer vermögensrechtlichen Personeneinheit (s. g. unitas personarum) zwischen dem Hausvater und den seiner Gewalt unterworfenen Kindern gemacht hat [13]). So bedeutend dies nun auch im neueren Recht modifizirt ist [14]), so sind doch einzelne aus dem früheren Verhältnisse abzuleitende Folgerungen auch für die neueste Zeit noch geblieben [15]) Mit Verbindlichkeiten kann das Kind sich indessen belasten [16]), und in Beziehung auf das öffentliche und bürgerliche Rechtsverhältniß hat der Haussohn vollständige Persönlichkeit [17]).

1) §. 2. I. *h. t.* *Gaj.* I. §. 55.

2) *Ulp.* Fr. X. §. 1. — „id enim Lex XII tabularum jubet his verbis: *si pater filium ter venumdarit (venumduit), filius a patre liber esto*". (Vgl. übrigens oben §. 58.)

3) Vgl. L. 5. D. *ad Leg. Pomp. de parricid.* (XLVIII. 11.). L. 2. D. *ad Leg. Cornel. de sicar.* (XLVIII. 8.). L. ult. C. *h. t.* (VIII. 47.). L. 2. C. *de infantib. expos.* (VIII. 52.). L. 8. C. *ad Leg. Cornel. de sic.* (IX. 16.). L. un. C. *de his qui parent. vel. lib. occid.* (IX. 17.). — §. 7. I. *de noxalib. actionib.* (IV. 8.).

4) Einzelne dahin gehörige Rechte: L. 2. L. 7. §. 3 D. *de obseq. parentib. et patr. praest.* (XXXVII. 15.). L. 4. §. 1—3. D. *de in jus voc.* (II. 4.). L. 7. §. 8. D. *de injur.* (XLVII. 10.). — Vgl. auch L. un. C. *de emendat. propinquorum* (IX. 15.).

5) L. 2. C. *de patrib. qui fil. suos distrax.* (IV. 43. Von K. Constantin). Vgl. *Pauli* sent. rec. Lib. V. Tit. 1. §. 1.

6) L. 3. C. *h. t.* — „Quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare jure patr. pot. non prohiberis, acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque Praesidi provinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris".

7) Pr. I. *de nupt.*

8) L. 1. pr. D. *de test. tut.* (XXVI. 2.).

9) P. I. *de pup. subst.* (II. 16.).

10) L. 1. §. 2. D. *de rei vind.* (VI. 1.). Tit. Dig. *de liber. exhib. item ducendis* (XLIII. 30.).

11) §. 2. 3. I. *de injur.* (IV. 4.). — L. 5. in f. L. 6. L. 7. pr. D. *ad Leg. Aquil.* (IX. 2.). — L. 14. §. 13. D. *de furt.* (XLVII. 2.). Vgl. L. 38. *eod.*

12) *Gaj.* II. §. 86 87. (Vgl. die Citate der Note 14.)

13) Wegen §. 4. in f. I. *de inutilib. stipul.* (III. 19.) und L. ult. in f. C. *de imp. et al. subst.* (VI. 26.).

14) §. 1. 2. I. *per quas personas nobis acquir.* und unten Buch II. Cap. 3. Abschn. II.

15) S. z. B. Pr. I. in f. *quib. non est permiss. fac. test.* (II. 12.). — §. 6. I. *de inutil. stipul.* L. 2. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.). L. 7. D. *de O. et A.* (XLIV. 7.). Vat. Fr. §. 295. — L. 20. §. 3. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.). §. 9. I. *de test. ordin.* (II. 10.).

16) L. 39. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.).

17) L. 9. D. *de his qui sui vel. al. jur. sunt* (I. 6.): „Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur". L. 3. D. *de adopt.* (I. 7.). L. 13. in f. L. 14. pr. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI. 1.).

§. 69.

2. Begründungsarten der väterlichen Gewalt. — Uebersicht.

Von den Entstehungsgründen der väterlichen Gewalt sind besonders auszuzeichnen: Erzeugung aus rechter Ehe, Adoption und die s. g. Legitimation. Verleihung der Civität gab über die bereits gebornen oder wenigstens concipirten Kinder die väterliche Gewalt nur, wenn das Verleihungsrescript darauf mit gerichtet war [1]; anders verhielt es sich, wenn Jemand auf den Grund einer causae probatio (s. §. 61.) die Civität erlangte [2]). Das Postliminium verschaffte dem aus der Kriegsgefangenschaft befreieten Röm. Bürger die

väterliche Gewalt über die während der Gefangenschaft gebornen Kinder[3]) und stellte die durch dieselbe verloren gegangene wieder her[4]). Auch die Wiederherstellung der zur Strafe eingebüßten Civität giebt die väterlichen Rechte wieder zurück[5]), ingleichen ist dem Vater erlaubt, eine Befreiung von der Gewalt (Emanzipation) wegen Undanks des emanzipirten Kindes wieder aufzuheben[6]).

1) *Gaj.* I. §. 93. 94.

2) *Gaj.* I. §. 67—72. §. 87. II. §. 142. III. §. 5. — Vgl. auch ebendas. I. §. 95.

3) L. 1. C. *de postlim. revers.* (VIII. 51.).

4) §. 5. I. *quib. mod. jus pot. solvitur* (I. 12.).

5) L. ult. C. *de sent. pass. et restit.* (IX. 51.).

6) L. un. C. *de ingrat. liber.* (VIII. 50.).

§. 70.

Insbesondere A. von der Ehe. a. Ihr Begriff.

Inst. I. 10. de nuptiis.

Ehe (justae nuptiae, matrimonium) ist die in gehöriger Art eingegangene, auf ungetheilte Gemeinschaft der Lebensverhältnisse und Geschlechtsfortpflanzung (Begründung einer Nachkommenschaft) gerichtete Verbindung zwischen Mann und Weib[1]). Es bestanden lange Zeit zwei Arten der Ehe neben einander: a. die mit in manum conventio verbundene Ehe[2]), b. das bloße matrimonium, welche die Frau nicht in die manus des Mannes brachte, folglich an deren Familienverhältnissen nichts änderte, im Uebrigen aber civilrechtliche Wirkungen, nämlich patria potestas über die Kinder und das Römische Familien- oder Agnations-Verhältniß für dieselben begründete[3]). Diese Wirkung fehlte der Ehe zwischen Peregrinen oder mit einem Peregrinus[4]), weshalb es denn nicht passend ist, die Römische Ehe ohne manus ein matrimonium juris gentium zu nennen, wie gleichwohl sehr häufig geschieht. — Außer der Ehe kennt das Röm. Recht noch zwei erlaubte Geschlechtsverbindungen: den Concubinat[5]), auch inaequale matrimonium genannt[6]),

mit einigen rechtlichen Wirkungen [7]), und das contubernium servorum [8]). Verboten und strafbar sind das stuprum, das adulterium [9]) und der Incest [10]).

1) §. 1. I. *h. t.* — „viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens". — L. 1. D. *de ritu nupt.* (XXIII. 2.). — „conjunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio". — *Gell.* N. A. Lib. IV. c. 3. — „jurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberûm quaerendorum gratia habiturum". Ebendas. Lib. XVII. c. 21. gegen das Ende. — *Gaj.* 1. §. 29. — „approbare se ex L. Aelia Sentia liberorum causa uxorem duxisse".

2) *Gaj.* I. §. 109 — 114.

3) Pr. §. 2. 3. I. *h. t.*

4) S. übr. *Gaj.* I. p. 67 — 71. und §. 69. Note 2.

5) L. 3. §. 1. D. *de concubinis* (XXV. 3.) — „quia concubinatus *per leges nomen assumpsit*, extra legis poenam est" —. L. 3. pr. *eod.* „In concubinatu potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit; alioquin, si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatu habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur, sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusante eo stuprum cum ea committere". — L. 1. §. 1. *eod.* — „puto, solas eas in concubinatu *haberi* posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur". — Unterschied der Concubine von einer pellex: „quae cum eo, cui uxor est, corpus miscet", L. 144. D. *de verb. sign.* Vgl. *Gell.* N. A. L. IV. c. 3.

6) L. 3. C. *de naturalib. lib.* (V. 27.).

7) Nov. 89. c. 12. §. 4. 6. c. 13. 15. Nov. 18. c. 5. — Vgl. auch unten §. 79.

8) L. 14. §. 3. D. *de ritu nupt.* — L. 3. pr. C. *ad Leg. Jul. de adult.* (IX. 9.).

9) L. 6. §. 1. L. 34. §. 1. D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVII. 5.). L. 101. pr. D. *de verb. sign.* „Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidam putant, quod adulterium in *nuptam*, stuprum in *viduam* committitur; sed lex Julia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur". — L. 13. §. 2. D. *ad Leg. Jul. de adult.* — „et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, *quae vulgaris fuerit*, quamvis *si vidua esset impune in eam stuprum committeretur*". (Vgl. die Note 5.). — L. 242. §. 3. D. *de verb. sign.* „viduam non solum eam, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quae virum non habuisset appellari".

10) *Gaj.* I. §. 61. L. 39. §. 1. D. *de ritu nuptiar.* L. 68. *eod.* L. ult. §. 1. D. *de condict. sine causa* (XII. 7.). L. 38. §. 2. D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5.).

§. 71.

b. Das *connubium* und dessen Mangel — die Ehehindernisse.

Die Fähigkeit oder Möglichkeit zur Eingehung einer giltigen Ehe heißt connubium [1]), ein Mangel derselben begründet mithin den Begriff eines Ehehindernisses. Dies nennt man **1.** ein absolutes, wenn die Fähigkeit zur Ehe überhaupt fehlt, sei es aus natürlichen Ursachen, wie für Unmündige [2]) und Castraten [3]), oder aus juristischen, wohin besonders Mangel der Civität gehört [4]). Mehrere Gründe schließen auch nur temporär die Möglichkeit der Eingehung einer Ehe aus, wie: eine bereits bestehende Ehe [5]) und, für eine Frau, das legitimum tempus elugendi (der s. g. annus luctus) nach aufgelöster Ehe [6]). Wenn dagegen **2.** nur zwischen bestimmten Personen eine Ehe nicht bestehen kann, so heißt das Hinderniß ein relatives. Als solches ist a. vor allen zu berücksichtigen: Verwandtschaft und Adfinität in auf- und absteigender Linie [7]), in der Seitenlinie zwischen Geschwistern und wo der s. g. respectus parentelae (§. **65**. Note **14**.) vorhanden ist [8]), und in zwei Fällen auch Adfinität [9]). Außerdem ist die Ehe zwischen gewissen Personen b. aus Rücksichten des Anstandes verboten, namentlich zwischen der ehemaligen Adoptivtochter und dem Adoptivvater [10]), zwischen der Braut des Vaters und dem Sohn, so wie umgekehrt [11]), zwischen der Wittwe des Stiefsohns und dem Stiefvater u. dgl. m. [12]). c. Andere Verbote beruhen darauf, daß gewisse Ehen für gemeingefährlich gehalten werden, indem daraus entweder geradezu Nachtheile für den Staat zu besorgen sind [13]), oder die Rechte des öffentlichen Schutzes bedürftigen Personen dadurch gefährdet erscheinen [14]), oder weil das Verbot solcher Ehen zur Verhütung gewisser Verbrechen dienen kann [15]), endlich aus religiösen Rücksichten [16]).

1) *Ulp.* Fr. V. §. 3. „Connubium est uxoris jure ducendae facultas".

2) Pr. I. *h. t.* — Ehen mit alten Personen (sexagenarii und quinquagenariae) sind gestattet, L. 27. C. *de nupt.* (V. 4.).

3) L. 39. §. 1. D. *de jure dot.* (XXIII. 3.). Vgl. oben §. 51. Note 12.

4) Pr. I. *h. t.* und L. 56. D. *sol. matrim.* (XXIV. 3.). — Vgl. auch Nov. 5. c. 8. Nov. 6. c. 1. §. 7. Nov. 123. c. 14. 29.

5) L. 2. C. *de incest. et inutilib. nupt.* (V. 5.). L. 18. C. *ad Leg. Jul. de adult.* (IX. 9.).

6) L. 1. L. 11. §. 1. 2. D. *de his qui not. infam.* (III. 2.). L. 1. 2. C. *de secund. nupt.* (V. 9.).

7) Pr. I. *h. t.* L. 14. §. 4. D. *de ritu nupt.* (XXIII. 2.).

8) §. 2. I. *h. t.* — §. 3. et 5. *eod.* — §. 4. I. *eod.* „Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis jungi possunt".

9) L. 5. C. *de incest. nupt.* (V. 5.).

10) L. 55. pr. D. *de ritu nupt.* — Vgl. L. 17. pr. und §. 1. *eod.*

11) L. 12. §. 1. 2. *eod.*

12) L. 15. D. *eod.* Vgl. L. 12. §. 3. L. 14. §. 4. D. *eod.* — Andere unter diesen Gesichtspunkt gehörige Verbote hoben die Kaiser Justinus und Justinian auf: L. 23. 28. 29. C. *de nupt.* Nov. 78. c. 1. 3. 5. Nov. 89. c. 15.

13) L. 38. pr. D. *de ritu nupt.* „Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorum ducere non potest" —. L. 57. pr. L. 63. L. 65. *eod.*

14) L. 36. D. *eod.* „Tutor vel curator adultam uxorem ducere non potest, nisi a patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiae secuta fuerit". — L. 59. L. 60. L. 62. §. 2. L. 66. *eod.*

15) L 11. §. 11. D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5.). Nov. 134. c. 12. — L. un. C. *de raptu virgin.* (IX. 13.). — Es kann übrigens dies Verbot der Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin, dem Entfuhrer und der Entführten auch aus dem Gesichtspunkte einer in solchen Heirathen liegenden Verletzung der Moralität und als Strafe betrachtet werden.

16) L. 6. C. *de Iudaeis* (I. 9.).

§. 72.

c. Vorbereitung zur Ehe, oder: vom Verlöbniß (*sponsalia*).

Das Eheverlöbniß ist ein auf künftige Eingehung einer Ehe gerichteter Vertrag [1]). Das Daseyn eines Ehehindernisses bewirkt auch Ungiltigkeit des Verlöbnisses [2]), indessen giebt es davon Ausnahmen [3]). Eine Form erfordert das Röm. Recht nicht [4]), obgleich eine arrha als Bestärkungsmittel der Sponsalien gegeben zu werden pflegte [5]). Ungeachtet in einzelnen Beziehungen das Verlöbniß der Ehe

gleich steht [6]), kann doch nicht auf Vollziehung der Ehe geklagt werden [7]); deshalb ist aber eine einseitige Aufhebung der Sponsalien — repudium [8]) — noch nicht ohne Weiteres gestattet [9]).

1) L. 1. D. *de sponsalib.* (XXIII. 1.).

2) L. 60. §. 5. D. *de ritu nuptiar.*

3) S. L. 14. D. *h. t.* (XXIII. 1.). L. 10. §. 1. D. *de his qui not. inf.* (III. 2.). L. 38. pr. D. *de ritu nupt.*

4) L. 4. pr. D. *h. t.*

5) L. 3. u. 5. C. *de sponsalib. et arrhis sponsalitiis* (V. 1.).

6) L. 13. §. 3. D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5.). L. 15. §. 24. D. *de injur.* (XLVIII. 10.). L. 17. §. 1. L. 18. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII. 5.).

7) L. 1. C. *h. t.* L. 14. C. *de nupt.* (V. 4.). L. 134. pr. in f. D. *de V. O.* (XLV. 1.). L. 2. C. *de inutilib. stipul.* (VIII. 39.). „Libera matrimonia esse antiquitus voluit" —. Vgl. *Gellius* N. A. Lib. IV. c. 4.

8) L. 101. §. 1. D. *de verb. sign.* „*Divortium* inter virum et uxorem fieri dicitur, *repudium* vero sponsae remitti videtur; *quod et in uxoris personam non absurde cadit*". — Vgl. L. 191. *eod.* L. 2. §. 2. D. *de divort.* (XXIV. 2.). L. 38. D. *sol. matr.* (XXIV. 3.).

9) L. 5. C. *h. t.* — Vgl. L. 3. *eod.*

§. 73.

d. Eingehung der Ehe.

Jede Ehe erfordert vor allen Dingen freie Einwilligung sowohl der sich verheirathenden Personen selbst, als auch des Vaters, dessen Gewalt sie unterworfen sind [1]), die Ehe mit manus außerdem entweder eine bestimmte Eingehungsform oder an deren Statt usus, d. i. Verjährung durch einjährigen Besitz, die indessen durch die Abwesenheit der Frau während dreier Nächte gehindert wurde [2]). Formen der Eingehung gab es zwei: die confarreatio, eine religiös-feierliche Form [3]), deren Gebrauch jedenfalls sehr beschränkt war, und die gewöhnlichere, coemtio, welcher der Manzipationsritus zu Grunde lag [4]) und die auch als Form zur Erreichung anderer Zwecke benutzt wurde, — coemtio fiduciae causa, im Gegensatz der coemtio matri-

monii causa [5]). Zum freien matrimonium war es hinreichend, daß die Absicht einer ehelichen Verbindung deutlich an den Tag gelegt wurde [6]). Ueblich, jedoch nicht nöthig, war aber auch bei dieser Ehe die feierliche Heimholung — deductio in domum mariti [7]). Erst Justinian schrieb für die Ehen der personae illustres, so wie für den Fall, wenn der Concubinat in eine Ehe verwandelt werden sollte, die Nothwendigkeit schriftlicher Ehe= oder Dotalverträge vor [8]).

1) L. 2. D. *de ritu nupt.* — Heirathet der Enkel, so soll außer dem Großvater (dem eigentlichen Inhaber der väterlichen Gewalt) auch der Sohn consentiren: L. 16. §. 1. *eod.* (Den Grund davon siehe §. 7. I. *de adopt.* I. 11.). — Bei grundloser Verweigerung des Consenses intercedirte der Magistratus: L. 19. *eod.* — Uebrigens konnte die Tochter in der Regel vom Vater zu einer Heirath gezwungen werden, nicht aber der Sohn. Vgl. L. 1 – 13. D. *de sponsalib.* (XXIII. 1.). L. 12. C. *h. t.* (V. 4.).

2) *Gaj.* I §. 111. „Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum obtinebat. Itaque lege XII tabular. cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est". — Vgl. *Gellius* N. A. Lib. XVIII. c. 6.

3) *Gaj.* I. §. 112. „Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii — —, in quo farreus panis adhibetur: unde etiam confarreatio dicitur; sed complura praeterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et sollennibus verbis, praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est". — *Ulp.* Fr. Tit. IX.

4) *Gaj.* I. §. 113. (s. oben §. 40. Nr. I. c.). Vgl. *Nonius* de propriet. serm. Lib. XII. c. 50.

5) *Gaj.* I. §. 114. „Potest autem coemtionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo, unde aut matrimonii causa facta coemtio dicitur, aut fiduciae causa. Quae enim cum marito suo facit coemtionem, ut apud eum filii loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemtionem, quae vero alterius rei causa facit coemtionem cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemtionem". Der extraneus hieß auch coemtionator; *Gaj.* I. §. 115.

6) L. 30. D. *de reg. jur.* L. 32. §. 13. D. *de donat. int. vir. et uxor.* (XXIV. 1.).

7) Vgl. L. 66. D. *de donat. int. vir. et uxor.*

8) Nov. 74. c. 4. Nov. 117. c. 4. — L. 11. C. *de naturalib. lib.* (V. 27.). Nov. 89. c. 8.

§. 74.

c. Rechtliche Wirkungen der Ehe.

Die Wirkungen einer rechtsgiltigen Ehe beziehen sich entweder auf das Verhältniß der Ehegatten selbst, oder auf die Kinder. Was I. das erstere anbelangt, so trat bei der Ehe mit manus die Frau zu ihrem Manne in das Verhältniß einer filiafamilias [1]); jedoch darf man darum noch nicht annehmen, daß sie zu irgend einer Zeit der vollständigen potestas unterworfen gewesen wäre, wie denn auch schon der Ausdruck manus auf ein milderes Abhängigkeitsverhältniß hinweis't [2]). Aber auch durch das bloße matrimonium ist die Frau in officio mariti [3]); sie ist ihm zur besonderen Achtung und zur Folgeleistung in Beziehung auf das ganze Hauswesen verpflichtet [4]), und mit der actio de uxore exhibenda et ducenda fordert er sie von Jedem, selbst von ihrem Vater [5]). Dagegen ist sie Theilnehmerin an der Würde und dem Gerichtsstande des Mannes [6]), darf auch standesmäßige Alimente von ihm verlangen [7]), nicht minder, daß er sie gegen Beleidigungen schütze und erforderlichen Falls gerichtlich vertrete [8]). Beide sind einander zur ehelichen Treue verpflichtet [9]), auch Glück und Unglück gemeinschaftlich zu tragen schuldig [10]). Die Wirkungen der Ehe, welche sich auf das vermögensrechtliche Verhältniß überhaupt und insonderheit auf das Erbrecht beziehen, sind hier noch nicht zu berühren. II. Die in der Ehe gebornen oder auch nur concipirten Kinder sind legitimi liberi [11]), d. h. sie gehören zur Familie des Vaters und haben auf standesmäßige Alimente aus dem väterlichen Vermögen einen Anspruch, welcher durch die actio praejudicialis de partu agnoscendo geltend gemacht werden kann [12]). Nur ist dabei vorauszusetzen, daß sie innerhalb des gesetzlichen Termins zur Welt gekommen sind, d. h. weder vor Ablauf des sechsten Monats nach eingegangener Ehe [13]), noch nach vollendetem zehnten Monat, nachdem die Ehe wieder aufgelöst ist [14]). Besondere Rechte in Beziehung auf das Sacralverhältniß hatten noch die patrimi matrimique, d. h. die aus confarreata matrimonia erzeugten Kinder [15]).

1) *Gaj.* I. §. 111. II. §. 139. §. 159. (— „uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in *nurus*, *quae in manu filii est*, quia neptis loco est".) *Ulp.* Fr. XXII. §. 14. XXIII. §. 3.

2) S. auch *Gaj.* IV. §. 80.

3) L. 48. pr. in f. D. *de oper. libert.* (XXXVIII. 1.). — L. 31. pr. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV. 1.). — L. 1. §. 3. D. *de injur.* (XLVII. 10.).

4) L. 14. §. 1. in f. D. *sol. matr.* (XXIV. 3.). L. un. §. 7. C. *de rei uxor. act.* (V. 13.). — L. ult. C. *de incol.* (X. 39.).

5) L. 2. D. *de liber. exhib.* (XLIII. 30.). L. 11. C. *h. t.* (V. 4.).

6) Vat. Fragm. §. 104. L. 13. C. *de dignitat.* (XII. 1.). — L. 22. §. 1. *ad municipal.* (L. 1.).

7) L. 22. §. 8. D. *sol. matr.* L. 21. pr. D. *de donat. int. V. et U.*

8) L. 2. D. *de injur.*

9) L. 13. §. 5. D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5.). Nov. 117. c. 9. §. 5.

10) L. 22. §. 7. D. *sol. matr.*

11) L. 18. L. 26. D. *de statu homin.* (I. 5.). L. 11. C. *de naturalib. lib.* (V. 27.).

12) §. 13. I. *de act.* (IV. 6.). L. 4. C. *de alend. liber.* (V. 25.). — Vgl. L. 1—3. D. *de agnosc. et alend. liber.* (XXV. 3.). Tit. Dig. *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* (XXV. 4.).

13) L. 12. D. *de st. hom.* „Septimo mense nasci perfectum, jam receptum est propter auctoritatem summi viri Hippocratis, et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse". Vgl. L. 3. §. 12. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII. 16.) und L. 5. in f. D. *de in jus voc.* (II. 4.) — „pater is est, quem nuptiae demonstrant".

14) L. 3. §. 11. D. *de suis et legit. hered.* L. 4. C. *de post. hered. inst.* (VI. 29.).

15) Vgl. *Taciti* annal. IV. 16. Histor. IV. 53. *Festus* de V. S. v. *patrimi* et *matrimi*. *Gaj.* I. §. 112. (S. oben §. 73. Note 3. a. E.) „Quod jus etiam nostris temporibus in usu est; nam Flamines majores, i. e. Diales, Martiales, Quirinales" — — — —.

§. 75.

f. Auflösung der Ehe.

Die Auflösung der Ehe kann erfolgen durch den natürlichen Tod, durch eine capitis deminutio magna [1]), — jedoch mit gewissen Modificationen [2]), und durch das divortium [3]). Ehescheidungen waren wohl von jeher in Rom möglich [4]), jedoch war ihre Zulässigkeit an gewisse Gründe gebunden [5]) und ihre Wirksamkeit von bestimmten Formen

abhängig [6]), wozu noch bei confarreirten Ehen der ritus der diffarreatio [7]), bei anderen mit in manum conventio verknüpften vielleicht die Remanzipation kam [8]). Die Beobachtung der Form war unerläßlich [9]), der Mangel rechtmäßiger Ehescheidungsgründe dagegen hatte nur gewisse Nachtheile für den zur Folge, welcher einseitig die Ehe aufhob [10]). Unter Augustus (— durch die **Lex Jul.** de adulteriis, zum Theil auch wohl durch die **L. Jul.** et **P. Popp.**) wurde das Recht der Ehescheidungen genauer bestimmt: wegen gewisser Verschuldungen — mores — des einen Theils kann der andere die Ehe einseitig trennen [11]); außerdem ist die Trennung in Folge gegenseitiger Uebereinkunft gestattet, so wie aus gewissen Gründen, wobei kein Theil in Schuld ist, „ut bona gratia dissolutum videatur matrimonium" [12]). Die zu beobachtende Form bestand entweder in mündlicher Erklärung mittelst verba solennia in Gegenwart von 7 Römischen Bürgern mündigen Alters und eines Freigelassenen dessen, der die Ehescheidung vornahm [13]), oder in der Uebersendung eines repudii libellus [14]). Unter den christlichen Kaisern erfolgten noch mancherlei und wechselnde Bestimmungen über die Gründe, welche zu einseitiger Ehescheidung berechtigten, so wie über die Nachtheile grundloser oder verschuldeter Ehescheidungen [15]). Im Justinianeischen Recht lassen sich drei Klassen von Ehescheidungsursachen unterscheiden: die für beide Ehegatten gemeinschaftlichen (z. B. Verletzung ehelicher Treue), die nur für den Mann geltenden (z. B. solche Handlungen der Frau, welche den Verdacht eines Treubruchs zu erwecken geeignet sind), und diejenigen, welche lediglich von der Frau geltend gemacht werden können, wohin namentlich eine fälschliche Anklage der Frau wegen Ehebruchs von Seiten des Mannes gehört [16]). Außerdem sind die früher schon anerkannten Gründe, weshalb, auch ohne daß einen Theil ein Vorwurf trifft, die Ehe einseitig getrennt werden kann, geblieben und noch mit neuen vermehrt [17]). Dagegen will der Kaiser die Scheidung in Folge gegenseitiger Uebereinkunft ebenfalls nur aus besonderen Gründen zulassen [18]). Uebrigens hat der Mangel gesetzlicher Gründe

keine Nichtigkeit der Scheidung, sondern nur Strafen zur Folge [19]).

1) L. 1. D. *de divortiis et repudiis* (XXIV. 1.).

2) L. 1. C. *de repudiis, et judicio de moribus sublato* (V. 17.). „Matrimonium — deportatione vel aquae et ignis interdictione non solvitur, si casus, in quem maritus incidet, non mutet uxoris affectionem". — Vgl. L. 6. D. *h. t.* (XXIV. 2.) und Nov. 22. c. 13.

3) L. 2. pr. und §. 1. D. *h. t.* L. 101. §. 1. D. *de V. S.* (S. oben §. 72. Note 8.).

4) Doch wird für die angeblich erste Ehescheidung, die des Sp. Carvilius Ruga, von Plutarch (in vita Romuli c. 22.) das Jahr 230. n. R. E., von anderen alten Schriftstellern d. J. 549. 520. u. 523. angeführt. Vgl. *Dionys. Halic.* Antiq. Rom. II. 25. *Valer. Maxim.* memorab. II. 1. 4. *Gell.* N. A. IV. 3. XVII. 21. — S. auch noch *Gell.* X. 15. und *Festus* de V. S. v. *Flaminica.*

5) Vgl. *Plutarch.* a. a. O. *Valer. Maxim.* a. a. O. *Seneca* de benefic. III. 16.

6) Nuntium remissum: *Cic.* de or. I. 40. 46. Vgl. *Cic.* Philipp. II. 28. L. 2. §. 1. D. *h. t* „In — renuntiatione comprobata sunt haec verba: *tuas res tibi habeto*, item haec: *tuas res tibi agito*".

7) *Festus* v. *diffarreatio.*

8) arg. *Gaj.* I. §. 115 *a.* *Festus* v. *remancipatam.*

9) L. 9. D. *h. t.* — Vgl. übr. L. 43. D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5.).

10) *Plutarch.* in vita Rom. c. 22. (Vgl. unten Note 19.). — Auch den schuldigen Theil trafen Nachtheile, *Cic.* Top. c. 4.

11) L. 39. D. *sol. matr.* L. 13. §. 10. D. *ad Leg. Jul. de adult.* — Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. V. §. 9. §. 12. 13.

12) L. 6. D. *h. t.* — Vgl. unten Note 17.

13) L. 9. D. *h. t.* (Vgl. L. un. in f. D. *unde vir et uxor* (XXXVIII. 11.).

14) L. 6. L. 8. pr. C. *h. t.* (V. 17.).

15) L. 8—11. C. *h. t.*

16) Nov. 22. c. 15. 16 Nov. 117. c. 8. 9.

17) L. 60 in f. L. 61. L. 62. pr. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV. 1.). — Nov. 22. c. 4—7. c. 14. Nov. 117. c. 12. — Vgl. Note 12.

18) Nov. 117. c. 10. Nov. 134. c. 11.

19) L. 8. §. 4 5. L. 11. § 1. 2. C. *h. t.* Nov. 22. c. 15. in f. c. 16. pr. Nov. 117. c. 7. 9. 13.

§. 76.

B. Von der Adoption. 1. Begriff und Beschränkungen des Rechts zu adoptiren.

Inst. (I. 11.) de adoptionibus.

Adoption — oder die förmliche Handlung, wodurch Jemand an Kindes oder Enkels Statt angenommen wird [1]) — heißt Adoption im engeren Sinne, wenn dadurch ein Hauskind (filius- oder filiafamilias) dem Recht eines andern paterfamilias unterworfen wird, Adrogation, wenn ein homo sui juris sich der väterlichen Gewalt unterwirft [2]). Aus dem Axiom: adoptio imitatur naturam [3]) wird gefolgert, daß der den Jahren nach Jüngere einen Aelteren nicht adoptiren darf [4]); es folgt aber daraus auch, daß, wer keine Kinder erzeugen kann, unfähig zur Adoption ist [5]), imgleichen sind Frauenzimmer von dem Recht zu adoptiren ausgeschlossen, da ihnen die väterliche Gewalt nicht zustehen kann [6]). Außerdem giebt es noch andere Beschränkungen, die ihren Grund in der ratio utilitatis oder dem jus publicum (§. 22. a. E.) haben, wie namentlich die, daß Keiner adoptiren soll, der bereits Kinder hat [7]).

1) §. 5. I. *h. t.*

2) *Gaj.* I. §. 98. 99. §. 1. I. *h. t.*

3) § 4. I. *h. t.* L. 16. D. *eod.* (I. 7.).

4) §. 4. I. *h. t.* — — „debet itaque is, qui sibi per adoptionem vel arrogationem filium facit, plena pubertate, i. e. decem et octo annis praecedere".

5) Doch nur der unheilbar Zeugungsunfähige (castratus) ist ausgeschlossen, nicht der Spado im engeren Sinne; §. 9. I. *h. t.*

6) *Gaj* I. §. 104. §. 10. *h. t.* — — „sed ex indulgentia Principis in solatium liberorum amissorum adoptare possunt". L. 5. C. *eod.* (VIII. 48.).

7) L. 17. §. 3. D. *h. t.* (I. 7.). — S. auch L 17. pr. und §. 1. §. 4. *eod.* — L. 15. §. 2. *eod.*

§. 77.

2. Form der Adoption.

Außer der Einwilligung der bei der Adoption betheiligten Personen [1]) ist eine bestimmte Rechtsform zu beobachten. Sie ist verschieden für die Adoption i. e. S. und für die Adrogation, und bei beiden muß die ältere und die neuere Rechtsform unterschieden werden. **1.** Die vorzugsweise s. g. Adoption geschah früher durch einen mittelst Manzipation zu vollziehenden Scheinkauf (der bei Söhnen drei Mal wiederholt werden mußte), worauf denn eine förmliche Rechtsübertragung vor dem Magistratus (durch in jure cessio) den Beschluß machte [2]). An deren Stelle trat in der Folge eine Erklärung des natürlichen Vaters zum Protokoll des competenten Richters in Gegenwart und unter Zustimmung des Kindes sowohl als des Adoptivvaters; Justinian erklärt diese Form ausdrücklich für die allein zulässige [3]). **2.** Die Adrogation erfolgte zur Zeit der freien Republik in der Versammlung des Volks nach Curien und erhielt ihren Namen von dem dabei üblichen mehrfachen rogare [4]). Die Unfähigkeit der Frauen und Unmündigen, auf diese Weise ihre Familienverhältnisse zu verändern, war eine natürliche Folge dieser Form [5]). Die unter den Kaisern aufgekommene Adrogationsform durch kaiserliches Rescript [6]) legte diesen Adrogationen freilich kein Hinderniß mehr in den Weg; doch gestattete der Kaiser Antonin mit dem Beinamen pius die Adrogation eines Unmündigen nur unter folgenden Bedingungen: es mußten dessen sämmtliche Vormünder einwilligen, ferner eine causae cognitio voraufgehen, um nach Möglichkeit Nachtheile von dem Unmündigen zu entfernen, endlich ist für den Fall, daß der Adrogirte in der Unmündigkeit sterben würde, auf Herausgabe seines Vermögens an diejenigen, welche ohne die Adrogation seine nächsten Erben gewesen sein würden, eine Caution zu bestellen [7]). Bei etwaiger Emanzipation muß ihm der Vater sein ganzes Vermögen wieder zurückgeben [8]), und enterbt er denselben, oder emanzipirt er ihn ohne zureichenden Grund, so for-

dert das Kind den vierten Theil des Vermögens seines Adoptivvaters (die s. g. quarta Divi Pii) von dessen Erben [9]).

1) L. 5. D. *h. t.* — §. 7. I. *h. t.* „Sed si quis nepotis loco adoptet, — — in eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus heres agnascatur: sed ex contrario, si avus ex filio nepotem dat in adoptionem, non est necesse filium consentire".

2) *Gell.* N. A. V. 19. *init.* „Adoptantur —, quum a parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur". — *Gaj.* I. §. 134.

3) L. ult. C. *h. t.* (VIII. 48.).

4) *Gaj.* I. §. 99. — „quia et is, qui adoptat, rogatur —, an velit eum, quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse, et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur, et populus rogatur, an id fieri jubeat". Ueber die rogatio an den populus s. *Gell.* l. l. in med. — Sacrorum detestatio: *Gell.* N. A. XV. c. 27. u. oben §. 67. Note 9.

5) *Ulp.* Fragm. VIII. §. 5.

6) L. 6. C. *h. t.*

7) §. 3. I. *h. t.* (Vgl. *Gaj.* I. §. 102.) L. 18—20. D. *h. t.*

8) §. 3. I. *h. t.*

9) §. 3. in f. I. *h. t.* L. 8. §. 15. D. *de inoff. test.* (V. 2.).

§. 78.

3. Wirkung der Adoption.

Durch die Adoption wird der Adoptirte regelmäßig der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters unterworfen und tritt in das Familienrecht ein, womit denn auch die Annahme des Familiennamens verbunden ist [1]). Doch tritt — nach Justinians Bestimmung — hievon eine Ausnahme für die Adoption im engeren Sinne ein, wenn dieselbe von einem Nichtascendenten erfolgt und das Adoptivkind unmittelbar der Gewalt seines leiblichen Vaters unterworfen ist; alsdann bleibt das bisherige Familienverhältniß des Kindes unverändert [2]), was denn die Neueren eine minus plena adoptio nennen. Die von einer Frau ausgehende Adoption (s. §. 76. Note 6.) kann schon von selbst die regelmäßigen Wirkungen nicht haben; jedoch tritt das Kind dadurch in ein Kindes- und erbrechtliches Verhältniß

zu der Mutter [3]). Verschieden endlich von dem Rechtsverhältniß eines Adoptivkindes ist das des bloßen alumnus [4]).

1) *Gaj.* I. §. 105. 107. — L. 23. L. 44. D. *h. t.* (Vgl. oben §. 67. Note 5 – 7.). — L. 27. D. *eod.* — S. übrigens L. 35. *eod.* („Per adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur; unde Senator, etsi a plebejo adoptatus est, manet Senator"); jedoch auch L. ult. *eod.* und L. 32. D. *de ritu nupt.* (XXIII. 2.).

2) L. 10. C. *h. t.* (VIII. 48.). — §. 8. I. *quib. modis jus pot. solv.* (I. 12.).

3) L. 5. in f. C. *h. t.* — L. 29. §. 3. D. *de inoff. test.* (V. 2.).

4) L. 26. C. *de nupt.* (V. 4.). — S. übrigens L. 3. §. 4. D. *de hom. lib. exhib.* (XLIII. 29.). L. 1. §. 3. D. *de obseq. parent. praest.* (XXXVII. 15.). L. 17. C. *de his qui accusare non poss.* (IX. 1.).

§. 79.

C. Von der s. g. Legitimation.

§. 13. I. de nuptiis.

Legitimation nennen wir die Handlung, wodurch liberi naturales [1]) in das Verhältniß ehelich geborner Kinder gebracht werden. Von der Adrogation unterscheidet sie sich der Wirkung nach dadurch, daß die legitimirten Kinder nicht nur Agnaten ihres Vaters und der Agnaten desselben werden, also nicht blos folgeweise zu diesen in ein Cognationsverhältniß treten, sondern vollständige Cognatenrechte, gleich den ehelich gebornen, erhalten, die ihnen denn auch, wenn ihr Familienrecht durch minima capitis deminutio aufgelöst ist, verbleiben [2]). Mehr noch unterscheiden beide Handlungen sich durch die Form. Die regelmäßige Legitimationsform ist die von uns s. g. legitimatio per subsequens matrimonium. — Daß eine Geschlechtsverbindung, welche bisher nicht als römisch-rechtliche Ehe bestand, sich in eine solche verwandelte, verschaffte den daraus gebornen oder auch nur concipirten Kindern an und für sich noch nicht die Rechte ehelich geborner [3]). K. Constantin legte der Ehe mit einer freigebornen Concubine diese Wirkung bei, falls nicht schon rechtmäßige Kinder vorhanden seien [4]); aber die darüber erlassene Verordnung war ein bloßes Zeitgesetz und wurde

auch als solches von K. Zeno wiederholt (s. Note 4.). Erst Justinian führte dies als ein feststehendes Recht ein, indem er zugleich die früheren Beschränkungen aufhob, wonach diese Legitimation an die Verheirathung mit der freigebornen Concubine und das Nichtvorhandensein einer rechtmäßigen Descendenz geknüpft war, wogegen er aber zur Eingehung einer solchen Ehe instrumenta nuptialia s. dotalia erfordert [5]). Einer Adrogation der Concubinenkinder (die aber natürlich nur die Wirkung jeder Adrogation haben konnte) stand lange Zeit nichts im Wege. Der Kaiser Justinus verbot sie [6]) und Justinian bestätigte dies Verbot zwar [7]), verordnete aber zugleich, daß in den Fällen, wo die Heirath mit der Concubine durch deren Tod unmöglich geworden, oder ihr sonst ein rechtliches oder factisches Hinderniß im Wege stehe, auch keine rechtmäßige Descendenz vorhanden sei, der Legitimation wegen von dem Vater eine kaiserliche Verfügung erwirkt werden könne, sogar von den Kindern selbst nach des Vaters Tode, jedoch nur auf den Grund einer darüber im väterlichen Testament sich findenden Anordnung [8]); es ist dies die s. g. legitimatio per rescriptum principis. — Eine s. g. legitimatio per oblationem curiae (Einschreibung des filius naturalis unter die Curialen oder Verheirathung der Tochter mit einem Decurio), veranlaßt durch eine Verordnung von Theodos II. [9]), deren eigentliches Wesen aber ebenfalls erst Justinian näher bestimmte, bewirkt nur gesetzliche Verwandtschaft des Kindes zu dem Vater selbst, nicht auch zu dessen Verwandten, und setzt gleichfalls die Nichtexistenz rechtmäßiger Descendenz voraus [10]).

1) Das sind hier die mit einer Concubine erzeugten Kinder; s. oben §. 65. Note 5.

2) Es kommt hier der Satz zur Anwendung: „utroque jure (et naturali et civili) consistit cognatio, quum justis nuptiis contractis copulatur". (L. 4. §. 2. D. *de gradib.* S. oben §. 67. Note 6.) Ferner: „cognationis jus capitis deminutione non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest". *Gaj.* I. §. 158. und §. 3. I. *de legit. agn. tut.* (S. §. 67. Note 7.)

3) *Gaj.* I. §. 92. 93. — Vgl. auch oben §. 69. Note 1. 2.

4) S. die Wiederholung dieser Vorschrift von K. Zeno in L. 5. C. *de naturalib. liber* (V. 27.).

5) Vgl. L. 10. 11. C. *de naturalib. liber.* Nov. 12. c. 4. Nov. 18. c. 11. Nov. 19. Nov. 74. pr. Nov. 78. c. 4. Nov. 89. c. 8. — §. fin. (13) I. *de nupt.* — — „Quod et aliis ex eodem matrimonio si fuerint procreati similiter nostra constitutio praebuit".

6) L. 7. C. *de naturalib. liber.* Vgl. mit L. 6. *eod.* in f.

7) Nov. 74. c. 3.

8) Nov. 74. pr. c. 1. 2. Nov. 89. c. 1.

9) Nov. Theodos. II. Lib. I. Tit. XXII. §. 5 sqq. L. 3. C. *de naturalib. liber.*

10) Nov. 89. c. 2—4. Vgl. §. fin. I. *de nupt.*

§. 80.

3. Auflösung der väterlichen Gewalt a. durch Emanzipation.

Tit. Inst. Quibus modis jus potestatis solvitur (I. 12.).

Emanzipation ist das Rechtsgeschäft, mittelst dessen der Vater das Kind aus väterlicher Gewalt frei giebt und dadurch die bisherige Familien-(Agnations-) Verbindung aufhebt [1]. Regelmäßig kann weder der Vater zur Emanzipation genöthigt werden [2], noch findet eine Ausschließung des Kindes von dem Familienrecht wider dessen Willen Statt [3]. Man unterscheidet drei Formen der Emanzipation: die s. g. vetus s. legitima, die Anastasiana und Justinianea, von denen jedoch im neuesten Recht nur noch die beiden letzteren gelten. 1. Die legitima geschah durch Manzipation (die bei Söhnen drei Mal zu wiederholen war) mit Fiducia [4], d. h. der Bedingung der Remanzipation [5], worauf denn von Seiten des emanzipirenden Vaters eine manumissio vindicta erfolgte [6], die demselben quasipatronatische Rechte über das Kind gewährte [7]. Vor der Remanzipation war das Kind in mancipio des Scheinkäufers [8], und wenn durch eine von ihm ausgehende Manumission das Kind wirklich frei wurde (also in dem Fall, wenn der emanzipirende Vater diese Handlung nicht vornehmen konnte oder vertragsmäßig nicht durfte), so hieß er extraneus manumissor und übte selbst die quasipatronatischen Rechte aus [9]. 2. K. Anastasius gestattete die Bewirkung der Emanzipation durch kaiserliches Rescript

(s. g. Anastasiana emancipatio), wodurch denn auch einem abwesenden Vater es möglich geworden ist, seine Kinder aus der Gewalt zu entlassen [10]). Sie hat zwar regelmäßig die Wirkungen der legitima emancipatio, es kann übrigens auf diesem Wege die Emanzipation auch mit Vorbehalt der Familienrechte erfolgen [11]). 3. Die s. g. Justinianeische Emanzipation geschieht durch mündliche Erklärung vor der Obrigkeit; sie ist an die Stelle der von Justinian ganz abgeschafften ältesten Form getreten, hat aber dieselben Wirkungen, auch in Beziehung auf die patronatischen Rechte des emanzipirenden Vaters [12]).

1) S. übrigens unten Note 11.

2) S. jedoch *Pauli* sent. rec. IV. 13. §. 1. L. 5. D. *si quis a par manumiss.* (XXXVII. 12.). L. 32. pr. D. *de adopt. et emanc* (I. 7.).

3) L. 6. C. *de patr. pot.* (VIII. 47.). — Vgl. übrigens L. 5. in f. C. *de emancipationib. liberorum* (VIII. 49.).

4) Daher nennt der Westgothische Gajus denjenigen, mit welchem die imaginaria venditio eingegangen wurde, fiduciarius pater; Lib. I. Tit. 6. §. 3.

5) Söhne wurden jedoch nach der ersten und zweiten Manzipation von dem s. g. pater fiduciarius durch vindicta manumittirt (und fielen dann von selbst in die Gewalt ihres Vaters wieder zurück), und erst nach der dritten Manzipation wurden sie dem Vater remanzipirt; *Gaj.* I. §. 132. — „Lex enim XII tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur, his verbis: *si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto*". —

6) *Gaj.* I. §. 132. 134.

7) §. 6. in f. I. *h. t.* — „ex edicto Praetoris in filii vel filiae, nepotis vel neptis bonis, qui vel quae a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura praestantur parenti, quae tribuuntur patrono in bonis liberti, et praeterea, si impubes sit filius, vel filia vel caeteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur".

8) *Gaj.* I. §. 135. 140. 141. — „Ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento" —. S. oben §. 63. zu den Noten 11—16.

9) *Gaj.* I. §. 166. *Ulp.* Fragm. Tit. XI. §. 5. — §. 3. 4. I. *de bonor. poss.* (III. 9.).

10) L. 5. C. *h. t.* (VIII. 49.).

11) L. 11. C. *de legitim. heredib.* (VI. 58.).

12) L. ult. C. *h. t.* (VIII. 49.). — Vgl. §. 6. I. *h. t.*

§. 81.

b. Andere Erlöschungsgründe der väterlichen Gewalt.

Außer durch Emanzipation hört die väterliche Gewalt auch auf: **1.** durch den Tod oder eine capitis deminutio magna des paterfamilias [1]), in beiden Fällen aber geht bisweilen das Recht auf einen Anderen über [2]); **2.** durch gewisse Dignitäten. Früher trat dieser Befreiungsgrund nur wegen höherer priesterlicher Würden ein [3]), unter den christlichen Kaisern aber wurde dies Recht bedeutend erweitert [4]); **3.** zur Strafe des Vaters in namentlich bestimmten Fällen [5]). — Da aus allen bisher erwähnten Gründen die väterliche Gewalt ohne eine Capitisdiminution des Befreieten aufhört, so behält derselbe die Familienrechte [6]). Anders verhält es sich **4.** wenn die väterliche Gewalt durch s. g. plena adoptio auf einen Anderen übertragen wird [7]), oder ein homo suo juris, welcher Kinder in der Gewalt hat, sich adrogiren läßt, in welchem Falle diese mit ihrem Vater in die Gewalt des pater adrogator übergehen und ihre bisherigen Familienverhältnisse mit neuen vertauschen [8]).

1) *Gaj.* I. §. 127. 128. Pr. §. 1—3. I. *h. t.* — Dem kriegsgefangenen Römer wird jedoch sein Recht durch das postliminium wiedergegeben: §. 5. I. *h. t.*

2) Pr. I. *h. t.* — — „mortuo avo non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui sunt".

3) *Gaj.* I. §. 130. — „exeunt liberi virilis sexus de patris potestate si Flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus si virgines Vestales capiantur". — *Ulp.* Fr. Tit. X. §. 5. — Vgl. *Gell.* N. A. I. 12.

4) Vgl. §. 4. I. *h. t.* L. 66. C. *de decur. et fil. cor.* (X. 31.). L. ult. C. *de consulib.* (XII. 3.). Nov. 81. pr. c. 1. u. 3.

5) L. 2. C. *de infant. expos.* (VIII. 52.). L. 12. C. *de episc. aud.* (I. 4.). Nov. 12. c. 2.

6) In Beziehung auf die durch Erlangung einer Würde eintretende Befreiung von väterlicher Gewalt ist dies ausdrücklich bestimmt; Nov. 81. c. 2. — Vgl. auch *Gell.* N. A. I. 12.

7) L. 10. C. *de adopt.* (Vgl. §. 78. zu Note 2.)

8) §. 11. I. *de adopt.* L. 2. §. 2. L. 15. pr. L. 40. pr. D. *h. t.* (I. 7.). — L. 3. pr. D. *de cap. min.* (IV. 7.) „Liberos, qui arrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum in aliena potestate sint, et quum familiam mutaverint".

Viertes Capitel.

Das Vormundschaftsrecht.

§. 82.

Begriff und Arten der Vormundschaft.

Tit. Inst. de tutelis (I. 13.).

Das unter öffentlicher Autorität stehende, aber durch Privatpersonen geübte Schutzrecht, welches wir im Allgemeinen Vormundschaft nennen, bezeichnen die Römer durch zwei verschiedene, jedoch mit einander verwandte, Begriffe: tutela und cura. Der erste Begriff wird nur auf Personen bezogen, der zweite auch auf Vermögenscomplexe [1]). Mit dieser letzteren haben wir es hier nicht zu thun, sondern lediglich mit der Lehre von den Personen, „quae vel in tutela sunt vel in curatione", im Gegensatz von denen, „quae neutro jure tenentur" [2]). Unter Tutel stehen impuberes (§. 51. Note 2.), und ehemals waren ihr auch Frauen jeglichen Alters unterworfen [3]). Doch hatte diese Tutel nie so viel zu bedeuten, wie die tutela impuberum [4]), auch wußte man sie schon zur Zeit der freien Republik auf mancherlei Weise unwirksam zu machen [5]), späterhin wurde sie durch Gesetze beschränkt [6]) und noch vor Justinians Zeit verschwand sie ganz, so daß in den Justinianeischen Rechtsquellen von ihr überall nicht mehr die Rede ist. — Unter Curatel standen schon zur Zeit der XII Tafelgesetze die furiosi und prodigi [7]); in der Folge kam auch die cura minorum, d. h. der puberes bis zum zurückgelegten fünfundzwanzigsten Jahre hinzu [8]). Die tutela impuberum und cura minorum wurden einander im Laufe der Zeiten immer ähnlicher. Doch nahm man

in vermögensrechtlicher Beziehung eine gewisse persönliche Einheit zwischen dem Tutor und Pupillen an und überhaupt ein dem väterlichen Recht analoges Verhältniß, freilich nur in soweit, als sich dies damit verträgt, daß der Pupill sui juris und das Vermögen das seinige ist. Aus diesem Gesichtspunkt erklärt sich die Definition, welche der Jurist Servius Sulpitius von der Tutel giebt, sie sei: „jus (vis) et potestas *in capite libero*, ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa" [9]). Damit steht denn auch die für Geschäftshandlungen des Pupillen erforderliche *auctoritas* tutoris in Verbindung, wobei beide als eine Person, der Tutor als die unvollständige Persönlichkeit des Pupillen ergänzend, erscheinen [10]). Den Curator dagegen dachte man sich als bloßen Verwalter fremden Vermögens [11]), nur daß durch ihn der Wille des Curanden auf mannigfache Weise beschränkt war [12]). Deshalb darf ein Curator auch für einzelne Vermögens-Gegenstände und Angelegenheiten angeordnet werden, nicht aber ein Tutor [13]), und nur in außerordentlichen Fällen (wo die Nothwendigkeit es fordert) wird von diesem Grundsatz abgewichen [14]). Uebrigens kann ein Pupill mehrere Vormünder haben.

1) Dahin gehört z. B. die cura hereditatis (L. 3. D. *de curatorib. fur. et aliis extra minores dand.* XXVII. 10.) und die cura ventris nomine (L. 8. *eod.* Tit. Dig. *de ventre in possess. mittendo et cur. ejus* XXXVII. 9. Vgl. oben §. 50. Note 2.).

2) *Gaj.* I. §. 142. Pr. I. *h. t.* — S. oben §. 55.

3) *Gaj.* I. §. 144. in f. — Vgl. *Cic.* or. pro Mur. c. 12: — „Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in *tutorum potestate* esse voluerunt" —. Liv. XXXIV. 2: — „Majores nostri nullam, ne privatam quidem rem, agere feminas sine *auctore* voluerunt, in *manu esse parentum*, *fratrum*, *virorum*".

4) *Gaj.* I. §. 190. 191. *Ulp.* Fr. XI. §. 25. 28.

5) *Cic.* or. pro Mur. l. l. (s. Note 3.) — „hi (Jurisconsulti) invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur". — Vgl. *Gaj.* I. §. 114. 115. II. §. 122. Vgl. ebendas. I. §. 190. a. E. §. 192.

6) Vgl. *Gaj.* I. §. 145. §. 157. *Ulp.* Fr. XI. §. 8.

7) *Ulp.* Fr. XII. §. 2. — §. 3. I. *de curatorib.* (I. 23.).

8) Veranlaßt durch die Lex Plaetoria (§ 51. Note 1.), wahrscheinlich gegen das Ende des fünften Jahrh. n. E. R. — *Jul. Capitolini* cap. 10.

9) §. 1. I. *h. t.* — L. 1. pr. D. *de tutel.* (XXVI. 1.).

10) §. 2. I. *de auct. tut.* (s. unten §. 87.).

11) L. 20. D. *de ritu nupt.* (XXIII. 2.). L. 8. Cod. *de nupt.* (V. 4.). S. unten §. 88. Note 2.

12) L. 2. C. *qui legit. person. standi in judic. hab.* (III. 6.) — „sicut pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest, ita et adultus curatore consentiente litem et intendere et excipere potest".

13) L. 12 — 14. D. *de test. tut.* (XXVI. 2.) — „quia *personae*, non rei vel causae datur". Es wird dieser Satz in unsern Rechtsquellen zwar nur in Beziehung auf testamentarische Tutel ausgesprochen, auch konnten Spezialtutoren nur vom Magistratus angeordnet werden. Allein daß der Grundsatz allgemein zu verstehen ist, geht aus anderen Stellen hervor; so aus § 2. I. *de curat.* — „*curator enim* ad certam causam dari potest". Besonders aber ergiebt sich dies daraus, daß Jemand, welcher einen Tutor hatte, zwar unbedenklich noch einen Curator, in der Regel aber nicht noch einen Tutor erhalten konnte — „quia habenti tutorem tutor dari non potest"; §. 5. I. *de curat.* Vgl. die folg. Note, auch unten §. 86. a. E.

14) L. 15. D. *de test. tut.* — L. 17. §. 1. D *de appellat.* (XLIX. 1.) „Tutor pupillo datus si provocet, interim pupillo curator dabitur. Sed *si tutoris auctoritas fuerit necessaria* —, *tutor ei necessario dabitur*" —. (Vgl. *Ulp.* Fr. XI. §. 24.). — L. 19. D. *de auct. tut.* XXVI. 8).

§. 83.

Insbesondere I. Von der Tutel über Unmündige. 1. Delationsgründe derselben, und zwar a. testamentarische Tutel.

§. 2 — 5. I. de tut. — Tit. Inst. qui test. tutores dari possunt (I. 14.).

Deferirt wird die Tutel durch Testament (testamentaria tutela), durch das Gesetz (legitima tutela), durch eine obrigkeitliche Verfügung —, jetzt gewöhnlich vorzugsweise tutela *dativa* genannt [1]). — Die testamentarische Tutel wird vom Vater oder Großvater kraft väterlicher Gewalt für die unmündigen Descendenten jeden Geschlechts und Grades, sofern sie nicht nach seinem Tode der Gewalt eines Anderen unterworfen werden, in einem auf gehörige Art errichteten letzten Willen angeordnet [2]). Auch einem Postumus (d. h. einem noch nicht gebornen oder doch zur Zeit der Anordnung

noch nicht unmittelbar in des Testirers Gewalt stehenden Kinde) kann ein testamentarischer Tutor gegeben werden [3]); der einem emanzipirten Kinde gegebene bedarf aber noch obrigkeitlicher Bestätigung [4]). Uebrigens kann der Testirer den Anfang und das Ende der Tutel an Zeit und Bedingungen knüpfen [5]).

1) Dieser Sprachgebrauch wird auch schon von Justinian anerkannt: L. 52. p. C. *de episc. et cler.* (I. 3). Die juristischen Klassiker nannten aber dativus tutor den im Testament gegebenen: *Gaj.* I. §. 154. *Ulp.* Fr. XI. §. 14. L. 7. D. *rem. pup. salv. fore* (XLVI. 6.). In der L. 5. C. *de legit. tut.* (V. 30.) scheint der Ausdruck auf die testamentarischen und obrigkeitlich ernannten Vormünder bezogen zu werden.

2) §. 3. I. *de tut.* — „nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri" —. L. 3. pr. D. *h. t.* (XXVI. 2.) „Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt".

3) §. 4. I. *de tut.* §. 5. I. *h. t.*

4) §. 5. I. *de tut.* — Vgl. auch L. 4. D. *h. t.* und L. 7. pr. D. *de confirm. tut.* (XXVI. 3.).

5) §. 3. I. *h. t.*

§. 84.

b. Gesetzliche Tutel.

Titt Inst. de legitima agnatorum tutela (I. 15.), de legitima patronorum tutela (I. 17.), de legitima parentum tutela (I. 18.), de fiduciaria tutela (I. 19.)

Es giebt vier Arten der gesetzlichen Tutel: 1. die Tutel der durch das Gesetz zur Erbfolge berufenen Verwandten. In Ermangelung einer testamentarischen Anordnung über Tutel berief das XII Tafelgesetz dazu die nächsten Agnaten männlichen Geschlechts; das ist die vorzugsweise so genannte legitima tutela [1]). Erst Justinian brachte den Grundsatz: ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet [2]) vollständig zur Anwendung; Frauen bleiben jedoch auch nach dem neuesten Recht von der Tutel ausgeschlossen, mit alleiniger Ausnahme der Mutter und in subsidium der Großmutter [3]), welche allen Seitenverwandten vorgehen. Viel früher aber entstand durch die Anwendung jenes Prinzips 2. die patronorum tutela [4]), so wie 3. die quasipatro=

natische Tutel des emanzipirenden Vaters oder Großvaters — parentum tutela [5]), ferner 4. die vorzugsweise s. g. fiduciaria tutela [6]), nämlich a. die der männlichen Descendenten des Emanzipator [7]) und b. die des s. g. pater fiduciarius oder extraneus manumissor [8]). Die letztere ist von selbst dadurch weggefallen, daß Emanzipationen nicht mehr durch Vermittelung einer dritten Person, oder einer imaginaria venditio erfolgen [9]).

1) *Gaj.* I. §. 155. Pr. I. *h. t.* (I. 15.). *Ulp.* Fr. XI. §. 3. (S. unten Note 4.)

2) Tit. Inst. *de legit. patron. tut.* in f. Vgl. L. 1. pr. in f. D. *de legitimis tutorib.* (XXVI. 4.). L. 73. pr. D. *de reg. jur.*

3) Nov. 118. c. 5.

4) *Ulp.* Fr. XI. §. 3. — „per eminentiam legitimi dicuntur, qui ex lege XII tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni". — Tit. Inst. *de legit. patron. tut.* — — „libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset". Vgl. *Gaj.* I. §. 165. und oben §. 62. Nr. 3.

5) Tit. Inst. *de legit. parent. tut.* (I. 18.).

6) Im Allgemeinen kann auch die Tutel des emanzipirenden Vaters eine fiduciaria genannt werden; s. oben §. 80. Nr. 1. und *Gaj.* I. §. 172. Doch wurde diese Benennung vorzugsweise auf diejenigen angewandt, deren Tutelrecht ebenfalls ihren Grund hatte in dem mit Fiducia verbundenen Scheinkauf, aber nicht alle und jede Rechte gewährte, die dem parens manumissor als Patronus zustanden. Vgl. *Gaj.* I. §. 172. in f. §. 175. L. 5. in f. C. *de dolo malo* (II. 21.).

7) Nur von dieser fiduciaria tutela sprechen die Institutionen in dem dahin gehörigen Titel (I 19) — „si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem — impuberes manumiserit, legitimum nanciscitur eorum tutelam; quo defuncto si liberi virilis sexus exstant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis — efficiuntur". Vgl. *Gaj.* I. §. 175.

8) S. oben §. 80. Note 9. — Dasselbe galt denn auch von dem coemtionator, d. i. dem, durch den die Scheinehe (coemtio fiduciae causa) vermittelt wurde, welche den Zweck hatte, die Tutel über Frauen so gut wie unwirksam zu machen (*Gaj.* I. §. 114. 115. 195.). Daher heißt es: „Qui liberum caput, mancipatum sibi vel a parente vel a coemtionatore manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur". *Ulp.* Fr. XI. §. 5. Vgl. *Gaj* I. §. 166.

9) L. ult. C. *de emancip.* (Vgl. §. 80. Nr. 3.)

§. 85.

c. Die obrigkeitlich angeordnete Tutel.

Tit. Inst. de Atiliano tutore, et eo, qui ex lege Julia et Titia datur (I. 20.).

Durch eine Lex Atilia (jedenfalls vor d. J. 566 n. R. E.) wurde verordnet, daß der Prätor unter Beistimmung des größten Theils der Tribunen Dem einen Tutor geben solle, der keinen habe und die Lex Julia et Titia (J. 722.) wandte dies auch auf die Provinzen an, d. h. die Provinzialpräsides sollten eine Tutel für diejenigen anordnen, die weder einen testamentarischen noch einen gesetzlichen Tutor hatten [1]). Erst durch mehrere auf einander folgende gesetzliche Bestimmungen wurde dies Recht dahin ergänzt, daß auch an die Stelle unfähiger, oder von der Tutel entlassener Tutoren andere ernannt werden sollten [2]). Geht nun gleich die gesetzliche der Dativ-Tutel an sich vor, so tritt doch die letztere allemal ein, wenn der testamentarische Vormund unter einer Suspensiv-Bedingung oder Zeitbestimmung ernannt, oder sonst sein sofortiger Eintritt verhindert ist [3]), — wenn er auf den Grund einer Excusation oder einer obrigkeitlichen Verfügung aufhört Vormund zu sein [4]), endlich in allen Fällen, wo ein interimistischer oder ein bloßer Neben-Vormund anzuordnen ist [5]). Die Ernennung darf aber nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen [6]), auch muß ihr eine Untersuchung über die Tauglichkeit des zu bestellenden Subjects voraufgehen [7]). Uebrigens liegt derselben Behörde, welche Tutoren zu ernennen hat [8]), auch die Bestätigung der im Testamente nur auf unvollkommene Art ernannten ob [9]). Zur Erbittung der Anordnung oder Bestätigung von Tutoren sind manche Personen (insonderheit Mutter und Großmutter, sowie bei Verlust ihres Erbrechts die Intestaterben) verpflichtet [10]).

1) *Gaj.* I. §. 185 *Ulp.* Fr. Tit. XI. §. 18. Pr. I. *h. t.*

2) *Ulp.* Fr. Tit. XI. §. 20 — 23.

3) *Gaj.* I. §. 186. 187. — §. 1. 2. I. *h. t.* — L. 11. D. *de testamentaria tut.* (XXVI. 2.) „sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare".

4) L. 11. §. 1. 2. D. *de testam. tut.* — S. auch ebendas. §. 3. u. 4. „Quodsi tutor testamento datus *decesserit*, ad legitimum tutela redit" —. Plane, si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum ejus, qui decessit, vel in civitate esse desiit, poterit dari alius; caeterum si nullus supersit — — legitima tutela succedit".

5) Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XI. §. 24. L. 3. §. 2. D. *de tut.* (XXVI. 1.). §. 5. 6. I. *de curatorib.* (I. 23.).

6) L. 77. D. *de reg. jur.* L. 6. §. 1. D. *de tut.*

7) L. 21. §. 5. D. *de tutorib. et curatorib. dat.* (XXVI. 5.). — Ueber die sonstigen Erforderniße s. L. 7. §. 1. D. *de confirm. tut.* (XXVI. 3.) „Si quaeratur, an ex inquisitione recte datus sit tutor, quatuor haec consideranda sunt: an hic dederit, qui dare potuit, et ille acceperit, cui fuerat dandus, et is datur, cujus dandi facultas erat, et pro tribunali decretum interpositum".

8) Mit den vormundschaftlichen Behörden gingen öftere Aenderungen vor; §. 3 — 5. I. *h. t.* Vgl. Vat. Fragm. §. 244. — — „ex epistola — Hadriani — ad — praetorem tutelarem".

9) Tit. Dig. *de confirmando tutore vel curatore* (XXVI. 3.).

10) Tit. Dig. *Qui petunt tutores vel curatores, et ubi petantur* (XXVI. 6.).

§. 86.

2. Die amtliche Wirksamkeit des Tutor.

Tit. Inst. de auctoritate tutorum (I. 21.).

Dem Tutor liegt die Verwaltung des pupillarischen Vermögens und die auctoritatis interpositio ob [1]). In der ersten Beziehung leitet und ordnet er die häuslichen und Vermögens=Angelegenheiten des Pupillen mit dem Ansehn eines Hausherrn [2]), ist dabei übrigens an die Beschränkungen gebunden, welche theils von selbst daraus fließen, daß das Vermögen nicht das seinige ist, theils auf besonderen gesetzlichen Vorschriften beruhen [3]). Die Rechtsgeschäfte sollen in der Regel vom Pupillen, sobald er infantia major (d. h. über sieben Jahre alt) ist, selbst, unter hinzutretender tutoris auctoritas abgeschlossen werden [4]); was der Pupill allein vornimmt, begründet für ihn wenigstens keine Verbindlichkeit [5]). Es muß aber die auctoritas mündlich, beim Abschluß des Geschäfts selbst und ohne Beschränkung durch Bedingungen und Zeitbestimmungen erfolgen [6]). Auch gilt dafür die Regel: ipse tutor in rem suam auctor esse non

potest; ist daher der Tutor bei dem Geschäft unmittelbar interessirt, so muß ein Mitvormund dasselbe bestätigen oder für diesen Zweck ein besonderer Vormund ernannt werden[7]. Für den pupillus infans (unter 7 Jahren) handelt der Tutor allein; ist aber das Geschäft von der Art, daß es keine Stellvertretung leidet, so muß ein der Sache angemessener und die rechtliche Consequenz nicht gefährdender Ausweg getroffen werden[8]. Von mehreren Tutoren braucht übrigens in der Regel nur einer die auctoritas zu ertheilen[9]; es kann aber die Geschäftsführung überhaupt auch nur einem oder einigen übertragen werden, in welchem Falle die übrigen honorarii tutores heißen[10]. Ist aus irgend einem Grunde, sei es für ein besonderes Geschäft oder überhaupt, ein Nebenvormund anzuordnen, so wird in der Regel ein bloßer curator ernannt, in Folge des Grundsatzes: tutorem habenti tutor non datur; nur wenn das Geschäft keine Stellvertretung leidet, ist der auctoritatis interpositio wegen ein tutor zu ernennen[11].

1) *Ulp.* Fr. Tit. XI. §. 25. „Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt" —.

2) L. 27. D. *de administr. tut.* (XXVI. 7.) „Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet".

3) S. hierüber Buch II. Cap. 4. Abschn. III.

4) L. 9. pr. D. *h. t.*

5) Pr. und §. 1. I. *h. t.* L. 9. pr. §. 1—4. D. *de auctor. et consensu tutor. et curator.* (XXVI. 8.).

6) §. 2. I. *h. t.* L. 8. D. *h. t.* (XXVI. 8.).

7) §. 3. I. *h. t.* (Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XI. §. 24.) L. 5. pr. D. *h. t.* — L. 1. pr. L. 7. pr. *eod.*

8) S. z. B. L. 13. D. *de manumiss.* (XL. 1.). L. 2. D. *rem pupilli salvam fore* (XLVI. 6.).

9) L. ult. C. *de auct. praest.* (V. 59.).

10) L. 3. §. 2. D. *de administr. tut.* — Vgl. §. 1. I. *de satisdat. tut. vel cur.* (I. 24.).

11) §. 5. 6. I. *de curat.* — L. 19. D. *h. t.* (XXVI. 8.). L. 17. §. 1. D. *de appellat.* (XLIX. 1.). *Ulp.* Fr. Tit. XI. §. 24. — L. 4. C. *in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest* (V. 36.). S. oben §. 82. Note 13. 14.

§. 87.

3. Beendigung der Tutel.

Tit. Inst. Quibus modis tutela finitur (I. 22.).

Beendigt wird die Tutel 1. durch die Pubertät des Pupillen; 2. durch den Tod des Pupillen oder des Tutor; 3. durch jede capitis deminutio des Pupillen [1]); 4. durch maxima und media capitis deminutio des Tutor, die Agnatentutel auch durch dessen minima capitis deminutio [2]); 5. durch Eintritt eines Ausschließungs- oder Befreiungsgrundes [3]); 6. durch Remotion des Vormundes [4]); die testamentarische Tutel auch 7. durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines dies ad quem [5]), und die Vormundschaft der Mutter 8. dadurch, daß sie zu einer folgenden Ehe schreitet [6]). In allen Fällen, wo nur aus der Person des Tutor die Tutel aufhört, erhält der Pupill einen anderen Tutor.

1) §. 2. und §. 4. in f. *h. t.*

2) §. 4. I. *h. t.* Vgl. L. 7. pr. D. *de cap. min.* (IV. 5.) und Nov. 118. c. 5.

3) L. 10. in f. L. 11. L. 40. pr. D. *de excusat.* (XXVII. 1.). S. unten §. 90. II. B.

4) §. 6. I. *h. t.* S. unten §. 91.

5) §. 2. und 5. I. *h. t.*

6) Nov. 94. c. 2.

§. 88.

II. Von der Curatel.

Tit. Inst. de curatoribus (I. 23.).

I. Die minores werden nach Röm. Recht wider ihren Willen einer allgemeinen Curatel nicht unterworfen, sondern nur zu gewissen Geschäften ist ein Curator schlechterdings nothwendig, insbesondere auch zur Entgegennahme der Rechnungsablegung des ehemaligen Tutor [1]); dies mochte denn aber wohl die gewöhnliche Veranlassung zur Anordnung einer allgemeinen Curatel werden. Die Einwirkung des Cu-

rator beschränkt sich übrigens auf solche Geschäfte, die geradezu das Vermögen betreffen [2]), auch ist die zu den Geschäften des Curanden erforderliche Zustimmung des Curator (schlechthin consensus curatoris genannt) an keine Form gebunden; sie kann schriftlich und mündlich, vor und nach dem Geschäft (als Ratihabition) erfolgen. Durch Testament oder Gesetz wird die cura minorum nicht eigentlich deferirt, sondern sie entsteht durch obrigkeitliche Anordnung oder Bestätigung einer im Testamente erfolgten Ernennung [3]). Eigenthümliche Beendigungsgründe dieser Curatel sind: das zurückgelegte fünfundzwanzigste Jahr des Curanden [4]) und Ertheilung einer venia aetatis durch kaiserliches Rescript [5]); außerdem gehören die meisten Beendigungsarten der Tutel auch hieher [6]). II. Furiosi und prodigi [7]) stehen entweder unter der Curatel ihrer Agnaten, oder unter einer obrigkeitlich angeordneten [8]). Auch den nur Verstandesschwachen, Taubstummen und Anderen, welche wegen Gebrechens oder unvollkommener Gesundheit ihren Vermögens- und Geschäfts-Angelegenheiten nicht vorstehen können, wird ein Curator ernannt [9]). Die eigenthümlichen Beendigungsgründe dieser Curatelen ergeben sich aus dem Veranlassungsgrunde ihrer Anordnung [10]).

1) §. 2. I. *h. t.* *Ulp.* Fr. Tit. XII. §. 4. — L. 2. C. *qui legit. pers standi in jud. hab.* (III. 6). — L. 7. §. 2 D. *de minor.* (IV. 4.). L 7. C. *qui pet. tut.* (V. 31.). — Vgl. oben §. 82. Note 8. — Die Rechnungsablegung ist übrigens nach Röm Recht erst nach beendigter Vormundschaft erforderlich; §. 7. I. *de Atiliano tut.*

2) S. L. 20. D. *de ritu nupt.* (XXIII. 2.) „Sciendum est, ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla (d. h. hier: die Pflegbefohlne), an non: quia officium ejus in administratione negotiorum constat". — L. 8. C. *de nupt.* (V. 4.) „In copulandis nuptiis nec curatoris, qui solam rei familiaris sustinet administrationem — — ulla auctoritas potest intervenire" —. S. dagegen L. 1. C. *eod.*

3) §. 1. I. *h. t.*

4) Pr. I. *h. t.*

5) L. 2. C. *de his qui ven. aet. impetrar.* (II. 45.).

6) Vgl. §. 87. Nr. 2. 3. 4 5. 6. 8.

7) Die Formel der Prodigalitatserklärung s. bei Paulus in den rec. sent Lib III. Tit. IV. A. §. 7: „Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico*".

8) §. 3. I. *h. t.* Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XII. §. 2.

9) §. 4. I. *h. t.* L. 2. D. *de curatorib. furioso et aliis extra minores dandis* (XXVII. 10.).

10) L. 1. pr. D. *de curatorib. fur.* u. s. w. (XXVII. 10). — Während eines dilucidum intervallum des furiosus ist die Curatel unwirksam. S. oben §. 51. Nr. III. 2. Note 15.

§. 89.

III. Gemeinschaftliche Lehren. 1. Was ist bei Antretung der Vormundschaft zu beobachten?

Tit. Inst. de satisdatione tutorum vel curatorum (I. 24.).

Tutoren und Curatoren sollen eine Caution durch satisdatio oder mittelst Bürgen bestellen [1]), wovon indessen in der Regel die vom Magistratus ex inquisitione ernannten, so wie die testamentarischen befreit waren [2]). Auch einigen aus der Classe der legitimi tutores konnte der Magistratus nach vorgängiger causae cognitio die Caution erlassen [3]). Außerdem müssen die Vormünder beim Antritt ihres Amts beeidigt werden [4]) und ein förmliches Inventarium errichten [5]).

1) Auf eine solche Sicherheitsbestellung geht vorzugsweise der Ausdruck satisdare und satisdatio; L. 1. D. *qui satisdare cog.* (II. 8.).

2) Pr. und §. 1. I. *h. t.* — „Sed — si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori vel concuratori praeferri, ut solus administret". —

3) L. 5. §. 1. D. *de legit. tut.* (XXVI. 4).

4) Nov. 72. c. 8.

5) L. 24. C. *de administr. tutor. vel cur.* (V. 37.). — Vgl. L. 13. §. 1. C. *arbitrium tutelae* (V. 51.).

§. 90.

2. Ausschließungs- und Befreiungsgründe von der Vormundschaft.

Tit. Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum (I. 25).

I. Ausschließungsgründe — von den Neueren s g. excusationes necessariae [1]) — sind 1. physische oder geistige

Unfähigkeit[2]), 2. Minderjährigkeit[3]), 3. Mangel der Civität[4]), 4. der Soldatenstand[5]), 5. der Stand eines Bischofs oder Mönchs[6]), in der Regel auch 6. weibliches Geschlecht[7]). Ferner werden nicht zugelassen 7. die durch das Testament des Vaters oder der Mutter von der Vormundschaft Ausgeschlossenen[8]), 8. Gläubiger oder Schuldner des Pflegbefohlnen[9]), von der Curatel auch 9. der Ehemann und der Schwiegervater in Beziehung auf die Schwiegertochter[10]). Außerdem ist hierbei Manches dem arbitrium der Obrigkeit überlassen, die dafür zu sorgen hat, daß Niemand Vormund werde oder bleibe, von dessen Amtsführung sich ein Nachtheil für den Pflegbefohlnen besorgen läßt[11]). II. Befreiungsgründe (s. g. excusationes voluntariae) sind A. nur in Beziehung auf die Pflicht, die Vormundschaft zu übernehmen: 1. die Anzahl von drei Kindern in der Hauptstadt, von vier in Italien, von fünf in den Provinzen[12]), 2. in der Regel auch drei gleichzeitig bestehende Vormundschaften[13]), 3. Unkunde im Lesen und Schreiben[14]), 4. höhere Würden[15]), 5. gewisse Verpflichtungen gegen Staat und Regenten[16]); ferner sind befreit 6. öffentliche Lehrer und Aerzte[17]), 7. Geistliche[18]), 8. Veteranen[19]), 9. die Mitglieder gewisser Corporationen und Zünfte[20]). Auch ist der bisherige Tutor nicht verpflichtet, die Curatel über den Pflegbefohlnen zu übernehmen[21]). B. Auch von einer bereits übernommenen Vormundschaft befreien: 1. Krankheit und Gebrechen[22]), 2. Armuth[23]), 3. Veränderung des Wohnorts[24]), 4. Abwesenheit in öffentlichen Geschäften; für diejenigen indessen, welche nicht über See abwesend sind, wird ein interimistischer Curator bestellt und müssen sie nach ihrer Zurückkunft die Vormundschaft wieder übernehmen[25]). Der zur Tutel Berufene muß innerhalb einer bestimmten Frist, angerechnet von dem Zeitpunkt, wo ihm die Berufung bekannt wird, den Befreiungsgrund geltend machen[22]). Es konnte aber auch jeder zur Tutel Berufene (mit Ausnahme jedoch der im Testament Ernannten und nahe verwandten Personen) innerhalb derselben Frist von dem jus potioris nominandi Gebrauch machen, d. h. einen Anderen an seine Stelle vorschlagen, für den er alsdann aber haften mußte[27]).

1) Auf den Grund von L. 17. C. *de excusat. tut. et cur.* (V. 62.) §. 13. I. *h. t.* L. 1. §. 3. D. *de postul.* (III. 1.) u. a. Stellen, in welchen von Verwandlung eines früheren Befreiungsgrundes in einen Ausschließungsgrund die Rede ist, was denn bisweilen so ausgedrückt wird: „debet se excusare". Vgl. auch L. 1. C. *qui morbo se excusant* (V. 67.) mit den Citaten der folgenden Note.

2) L. 1. §. 2. 3. D. *de tut.* (XXVI. 1.). §. 2. I. *qui test. tut. dari poss.* L. 45 §. 4. D. *de excusat.* (XXVII. 1.). S. unten Note 11. — Vgl. übrigens §. 5. und 6. I. *de curat.* (Es wird bisweilen dem Unfähigen ein Curator oder Geschäftsführer zur Seite gesetzt.)

3) L. 5. C. *de legit. tut.* (V. 30.). §. 13. I. *h. t.*

4) §. 1. in f. I. *qui test. tut. dari poss.* L. 7. C. *qui tut. vel cur. dari non poss.* (V. 34.).

5) L. 4. C. *h. t.*

6) Nov. 123. c. 5. — Ueber andere Geistliche s. Nov. 123. c. 11.

7) Vgl. L. 16. pr. L. ult. D. *de tut.* (XXVI. 1.). L. 1. 2. C. *quando mulier tutelae officio fungi possit* (V. 35.).

8) L. 21. §. 2. D. *de excusat.* (XXVII. 1.).

9) Nov. 74. c. 1. 3. — Vgl. ebendas. c. 4. 5. Nov. 92. c. 2. und über das frühere Recht: L. 7. C. *de excusat.* (V. 62.). §. 4. I. *h. t.*

10) L. 2. C. *h. t.* (V. 34.). L. 17. C. *de excusat.* (V. 62.).

11) M. s. namentlich folgende Stellen: L. 45. §. 4. D. *de excusat.* „Si tanta corporis aut mentis valetudine ab agendis rebus libertus prohibeatur, ut ne suis quidem negotiis sufficiat, necessitati erit succumbendum, ne impossibile injungatur tutelae munus — — cum incommodo pupilli et adversus utilitatem ejus" — L. 3. §. 12. D. *de susp. tut. et cur.* (XXVI. 10.) „Si tutor inimicus pupillo parentibusve ejus sit, *et generaliter, si qua justa causa Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari*, rejicere eum debebit". (Vgl. §. 11. I. *h. t.*). — L. 21. §. 6. D. *de tutor. et cur. dat.* (XXVI. 5.).

12) Pr. I. *h. t.* — — „sed adoptivi liberi non prosunt —; item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant, ex filia non prosunt —; sed si in bello amissi sunt — constat — prodesse, qui in acie amittuntur; hi enim, quia pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur".

13) §. 5. I. *h. t.* Vgl. Vat. Fragm. §. 125 — 128. 186 — 190. 231. L. un. C. *qui numero tutel.* (V. 69.). — L. 5. D. *h. t.* (XXVII. 1.). — L. 17. pr. *eod.*

14) §. 8. I. *h. t.*

15) §. 3. I. *h. t.* L. 6. §. 14 — 16. D. *h. t.* (XXVII. 1.).

16) §. 1. I. *h. t.* L. 22. §. 1. L. 41. pr. D. *h. t.* L. ult. C. *h. t.* (V. 34.).

17) §. 15. I. *h. t.* L. 6. §. 1 — 12. D. *h. t.* — Vgl. Vat. Fragm. §. 149. 150.

18) S. oben Note 6. und L. 52. C. *de episc. et cler.* (I. 3.).

19) L. 8. D. *h. t.*

20) L. 17. §. 2. 3. D. *h. t.* — Vat. Fr. §. 235 — 237.

21) §. 18. I. *h. t.*

22) §. 7. I. *h. t.*

23) §. 6. I. *h. t.* — „si quis imparem se oneri injuncto possit docere". — §. 12. in f. I. *de suspect. tutor. vel curat.*

24) L. 46. §. 2. D. *h. t.*

25) Vgl. §. 2. I. *h. t.* und L. 11. §. 2. D. *de minorib.* (IV. 4.).

26) §. 16. I. *h. t.* — „intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent —, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt; si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum; quin tamen — sic debet computari, ne minus sint quam quinquaginta dies". — Vat. Fr. §. 155. 156.

27) Vat. Fr. §. 157 — 167. 206 — 219. 242. — Vgl. L. 4. C. *de magistr. conveniendis* (V. 75.).

§. 91.

3 Entfernung eines treulosen oder untauglichen Vormundes.

Tit. Inst. de suspectis tutorib. vel curatorib. (I. 26.).

Ein treuloser oder unfähiger Vormund, ja auch ein solcher, dessen Treue oder Tauglichkeit zweifelhaft ist, kann nicht blos auf eine deshalb erhobene Anklage, sondern auch ex officio von der Obrigkeit entfernt werden [1]. Zur Anstellung der Anklage (accusatio, auch wohl postulatio suspecti tut. vel cur. genannt) ist Jeder berechtigt, unter Umständen selbst eine Frauensperson [2]; verpflichtet zu derselben sind Mitvormünder [3]. Während des Prozesses darf der Angeklagte nicht administriren [4], und wird die Anklage für gegründet befunden, so erfolgt (je nach den Umständen) bald eine bloße Entbindung von dem Amte, bald eine mit Infamie verknüpfte Absetzung, bald wird der Angeklagte außerdem noch der Criminalbehörde zur besonderen Bestrafung überwiesen [5]; bisweilen wird auch wohl der Angeklagte als Tutor beibehalten, ihm jedoch ein Curator beigeordnet [6]. Außer durch suspecti accusatio wird dem Pflegbefohlnen auch noch sonst auf angemessene Weise gegen den böswilligen oder nachlässigen Vormund geholfen [7].

1) L. 3. §. 4. D. *de suspectis tutorib. et curatorib.* (XXVI. 10.).

2) §. 3 I. *h. t.* — „sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere; quinimo et mulieres admittuntur — —, sed hae solae, quae pietatis necessitudine ductae ad hoc procedunt, utputa mater" u. s. w. — — „Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare, puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere".

3) L. 3. §. 2. D. *de administr. et per. tut.* (XXVI. 7.).

4) §. 7. I. *h. t.*

5) L. 3. §. 18. L. 4. pr. §. 1—3. D. *h. t.* (XXVI. 10.). §. 6. I. *h. t.* L. ult. C. *eod.* (V. 43.). — L. 1. §. 8. D. *h. t.*

6) L. 9. D. *h. t.* „Si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel affinitatis pupillo conjunctus sit — — —, optimum factum est, curatorem ei potius adjungi, quam eundem cum notata fide et existimatione removeri".

7) §. 9. 10. I. *h. t.* „Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola Divorum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur — —. Sed si quis praesens negat, propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad praefectum urbis puniendum placuit" —.

Zweites Buch.

Das unmittelbare Sachenrecht.

Erstes Capitel.

Von den Rechtsobjecten und dem unmittelbaren Sachenrecht überhaupt.

§. 92.

Einleitung.

Den eigentlichen Gegenstand dieses Buchs bildet die Lehre von der unmittelbaren Herrschaft über Rechtsobjecte [1]), also der Theil des (a potiori so genannten) Vermögensrechts, welcher dem Recht der Forderungsverhältnisse entgegengesetzt ist. Als Einleitung hierzu dient a) die Lehre von den Rechtsobjecten überhaupt. Zwar überschreiten die Anwendungen der hierunter vorzutragenden Begriffe den Kreis des unmittelbaren Sachenrechts; doch eines Theils kommen sie hier zuerst zur Sprache, andern Theils stehen die meisten Anwendungen mit dem eigentlichen Gegenstande dieses Buchs in so genauem Zusammenhange, daß schon um deswillen es zweckmäßig erscheinen muß, jene Begriffe als Einleitung zu demselben darzustellen. — b) Die Lehre vom unmittelbaren Sachenrecht überhaupt (d. h. Bestimmung dessen, was zu dem Kreise desselben gehört), so wie der factischen Herrschaft über Rechtsobjecte, oder: vom Besitz. — Besitz ist freilich weder immer die Grundbedingung eines unmittelbaren Sachenrechts, noch bezieht sich das, was man gewöhnlich als Recht des Besitzes zu bezeichnen pflegt, stets auf die Ausübung eines solchen Rechts. Indessen in Beziehung

auf einen Theil der hierher gehörigen Rechte ist Beides der Fall und namentlich in Beziehung auf dasjenige Recht, welches der unmittelbaren juristischen Herrschaft über Rechtsobjecte seinen Namen (dominium) geliehen hat (s. §. **100.** Note **6.**) und daher gewissermaßen als Hauptbegriff und Mittelpunkt der wichtigsten Lehren, die das unmittelbare Sachenrecht zum Gegenstande haben, betrachtet werden kann. Ueberdies kommen Anwendungen des Besitzesbegriffs bei allen diesen Lehren vor, und dies allein würde man als hinreichenden Grund ansehen dürfen, die Darstellung des Besitzes den übrigen hier abgehandelten Lehren unmittelbar voraufgehen zu lassen.

1) P. I. *de rerum divisione et qualitate* (II. 1.) „Superiore libro de jure personarum exposuimus, modo videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur". — Vgl. *Gaj.* II. §. 1.

§. 93.

I. Von Rechtsobjecten überhaupt. 1. Begriff.

Der Ausdruck res in seiner weitesten Bedeutung bildet den Gegensatz von persona und wird demzufolge auch auf Handlungen als Grund von Rechten bezogen[1]), ferner auf solche Dinge, die überall nicht Rechtsobjecte sein können[2]). Hier nehmen wir ihn in der Bedeutung von Rechtsobject, worunter überhaupt Alles zu verstehen ist, was Gegenstand einer rechtlichen Herrschaft sein kann; es sind dies nicht blos eigentliche (körperliche) Sachen und Gerechtsame an denselben, sondern auch Forderungsrechte[3]). Die Gesammtheit nun von Rechtsobjecten, die Jemandes Herrschaft wirklich unterworfen sind, pflegt man dessen Vermögen oder Vermögensrecht zu nennen[4]); die Römer bezeichnen sie durch bona[5]), patrimonium[6]), auch pecunia im weiteren Sinne[7]), dessen Diminutivum peculium[8]) vorzugsweise das Vermögen einer hausunterthänigen Person bedeutet[9]).

1) **L. 23. D.** *de verb. sign.* — **Pr. I.** *de obligationib. quae ex delicto nascuntur* (IV. 1.) — „nam — ex re nascuntur, i. e. ex

ipso maleficio". — L. 1. C. *de lib. causa* (VII. 16.) „Rem illicitam et inhonestam admisisse te confiteris" —. L. 1. D. *de re judicata* (XLII. 1.).

2) L. 5. pr. D. *de verb. sign.* (S. auch den folgenden §.)

3) Auch das Recht der Persönlichkeit, als: Unverletzlichkeit, Freiheit, Ehre, kann auf gewisse Weise als Rechtsobject betrachtet werden. Indessen ist es aus mehreren Gründen rathsam, den Begriff auf diejenigen Rechte zu beschränken, welche wir als erworbene, im Gegensatz der angebornen oder Urrechte, zu bezeichnen pflegen. (Vgl. oben §. 36.)

4) Indessen kann ein Rechtsobject unserer rechtlichen Herrschaft wirklich unterworfen sein, ohne zum Vermögen zu gehören; so (nach Röm. Recht): ein Begräbnißplatz (locus religiosus; s. §. 95. Nr. 2.); L. 6. pr. D. *de religiosis* (XI. 7.). L. 4. C. *eod.* (IV. 44.) „— sepulcrum — — scire debes, *jure dominii — nullum vindicare posse*, sed si familiare fuit, *jus ejus ad omnes heredes pertinere*, *nec divisione ad unum heredem redigi potuisse*". Vgl. L. 13. *eod.* Ferner gewisse Klagerechte, welche man, nach Gefallen, ausüben oder aufgeben konnte, die sogar auf Geld gerichtet waren, dennoch aber ihres besonderen Entstehungsgrundes wegen nicht zum Vermögen gerechnet wurden und daher nicht auf die Erben übergingen. S. z. B. L. 28. D. *de injur.* (XLVII. 10.) „Injuriarum actio *in bonis nostris non computatur*" —. Nur in der Regel fällt daher der Begriff eines Vermögens und der einer rechtlichen Herrschaft unterworfenen Objecte zusammen.

5) L. 49. D. *de verb. sign.* — „In bonis — nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed — — — — etiam, si quid est in actionibus" —.

6) L. 1. D. *de usufr. earum rerum, quae usu consum.* (VII. 5.). Vgl. Note 8. — Doch wird der Ausdruck auch wohl den Forderungsrechten entgegengesetzt: L. 9. D. *rem pup. salv. fore* (XLVI. 6.) — „non solum quae in patrimonio habet, sed etiam quae in nominibus sunt" —.

7) L. 5. pr. L. 178. pr. D. *de verb. sign.* L. 222. *eod.* „Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli, quam mobiles, et tam corpora quam jura continentur".

8) L. 5. §. 3. D. *de pec* (XV. 1.) „Peculium dictum est quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum".

9) §. 10. I. *de actionib.* (IV 6.) — „veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum" —. Vgl. unten Cap. 4. — Die Bedeutung von peculium für Sparpfennig in L 79 § 1. D. *de legat.* III. steht mit der Etymologie des Worts (s. Note 8.) in Verbindung.

§. 94.

2. Eintheilung der Rechtsobjecte. a. *Res in patrimonio* und *extra patrimonium.* (*Res nullius.*)

Tit. Inst. de rerum divisione (II. 1.) Pr. §. 1 — 10.

Res quae extra patrimonium sunt vel habentur bedeutet hier so viel als: res quarum commercium non est,

d. h. die nicht Gegenstand des gemeinen Verkehrs sein können, oder doch in ihrer gegenwärtigen Lage es nicht sind [1]). Doch kann aus besonderen Gründen eine Veräußerung solcher Sachen gestattet [2]), umgekehrt aber das Commercium eines an sich dem gemeinen Verkehr unterworfenen Objects in gewissen Beziehungen beschränkt sein [3]). Eine dem Verkehr entzogene Sache heißt auch res nullius [4]), ein Ausdruck, der aber auch von solchen Sachen gebraucht wird, die nur zur Zeit nicht im Privateigenthum sind [5]). Zu den res nullius in der ersten Bedeutung gehören die res divini juris [6]) und die publicae, oder publica bona im weiteren Sinne [7]). Von beiden soll jetzt besonders gehandelt werden.

1) L. 6. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.) — „Celsus — ait: hominem liberum scientem te emere non posse, nec cujuscunque rei, si scias alienationem prohibitam esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habentur, ut est campus Martius". — §. 1. I. *de inutilibus stipulat.* (III. 19.). — Ueber commercium als Theil der Röm. Civität s. oben §. 53. Nr. 2. und Note 1.

2) S. §. 8. I. *h. t.*

3) S. den Titel des Constitutionen-Codex *Quae res venire non possunt et qui vendere vel emere vetantur* (IV. 40.). — L. 3. in f. D. *de vacat. et excus. muner.* (L. 5.). Vgl. L. 49. §. 2. D. *de legat.* II.

4) §. 7. I. *h. t.* S. auch die folg. Note.

5) L. 1. pr. D. *de divisione rerum et qualitate* (I. 8.). §. 12. I. *h. t.*

6) §. 7. I. *h. t.* L. 1. pr. D. *h. t.* (I. 8.).

7) In diesem weiteren Sinne wurden zu den publica bona nicht nur die im Staatseigenthume stehenden Rechtsobjecte gezählt, sondern auch die res communes omnium und universitatis; s. z. B. *Senec.* ep. 88. L. 1. pr. D. *h. t.* (I. 8.) (vgl. §. 5. I. *h. t.* „litorum — *usus publicus juris gentium*"), und die res universitatis; freilich sagt Ulpian: bona *civitatis* abusive publica dicta sunt, sola enim publica sunt, quae populi Romani sunt; L. 15. D. *de verb. sign.* An einer anderen Stelle (L. 17. pr. *eod.*) wendet er aber selbst diesen Namen auf sie an.

§. 95.

Insbesondere α. von den *res divini juris.*

Res divini juris, im Gegensatz von res humani juris [1]), sind 1. die res sacrae, d. s. die durch religiöse Weihe

consecrirten Sachen [2]), nicht zu verwechseln mit dem kirchlichen Vermögen, bona ecclesiae s. res ecclesiasticae [3]); 2. die res religiosae, d. s. Begräbnißplätze, da sie den dii manes gewidmet oder doch von ihnen bewohnt sind [4]); 3. res sanctae. Sanctum ist im Allgemeinen Alles unter besonderen Schutz der Gesetze Gestellte und für unverletzlich Erklärte [5]), daher auch von sanctae personae die Rede ist [6]). Ingleichen folgt aus dem angegebenen Begriff, daß die sacrae und religiosae res zugleich auch sanctae sind. Insbesondere aber werden unter sanctae res alle übrigen Sachen, die unter den Frieden der Gottheit und der Gesetze gestellt und für unverletzlich erklärt sind, verstanden; von ihnen heißt es: sie seien nur auf gewisse Weise divini juris [7]).

1) Diesen Gegensatz stellt Gajus an die Spitze. „Summa rerum divisio (sagt er) in duos articulos deducitur; nam aliae sunt divini juris, aliae humani"; die humani juris res theilt er dann ein in publicae und privatae, oder singulorum. L. 1. pr. D. *h. t.* (I. 8.) *Gaj.* inst. II. §. 2.

2) *Gaj.* II. §. 4. „Sacrae sunt, *quae diis superis consecratae sunt*". — L. 9. pr. D. *h. t.* („Sacra loca sunt, *quae publice sunt dedicata*"). §. 8. I. *h. t.* — „quae rite et per pontifices Deo consecratae sunt, veluti aedes sacrae, et donaria, quae rite ministerium dei dedicata sunt, quae etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemtionis captivorum". Vgl. L. 21. C. *de sacros. eccles.* (I. 2.). Nov. 120. c. 10.

3) L. 14. L. 17. L. 23. C. *de sacros. eccles.*

4) *Gaj.* II. §. 4. — „religiosae, quae diis manibus relictae sunt". §. 9. I. *h. t.* „Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum" —. Vgl. *Gaj.* II. §. 7. und L. 44. pr. D. *de relig.* (XI. 7.).

5) L. 8. pr. und §. 1. D. *h. t.* (I. 8.) „Sanctum est, quod ab injuria hominum defensum atque munitum est. Sanctum autem dictum est a sagminibus. Sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret". — §. 10. in f. I. *h. t.* — „ideo et legum eas partes, quibus poenas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus".

6) L. 9. D. *de obseq. parent. et patr. praestandis* (XXXVII. 15.). L. 17. D. *de legat.* (L. 7.).

7) *Gaj.* II. §. 8. „Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini juris sunt". — Vgl. L. 11. D. *h. t.* (I. 8.).

§. 96.

β) *Res communes omnium, publicae, universitatis.* (Vgl. §. 94. Note 7.)

1. Res communes omnium (oder: communia omnium) heißen diejenigen, wovon das Eigenthum Keinem, das Benutzungsrecht Allen zusteht, nämlich: die Luft [1]), das Meer und dessen Ufer [2]), vorbeifließendes Wasser [3]). Einzelnes davon kann Privateigenthum werden [4]). **2.** Res publicae sind die im Eigenthum des populus Romanus stehenden Sachen, deren Benutzung aber Allen freisteht, als: fortdaurend strömende Flüsse (flumina perennia) und deren Ufer [5]), Häfen und öffentliche Wege [6]). Ganz verschieden davon ist das eigentliche Staatsvermögen, pecunia populi [7]), auch aerarium populi, später fiscus genannt [8]). Und auf ähnliche Art werden **3.** bei den res universitatis die im Eigenthum einer Gemeinde stehenden, aber dem allgemeinen Benutzungsrecht unterworfenen Sachen [9]), von dem eigentlichen Gemeindevermögen, bona civitatum, unterschieden [10]).

1) S. übrigens L. 22. §. 4. D. *quod vi aut clam* (XLIII. 24.).

2) L. 96. pr. D. *de verb. sign.* „Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit, idque Marcum Tullium ajunt, quum arbiter esset, primum constituisse". — §. 3. I. *h. t.*

3) §. 1. u. 5. I. *h. t.*

4) §. 18. §. 22. I. *h. t.* L. 30. §. 4. D. *de adquir. rer. domin.* (XLI. 1.).

5) L. 3. §. 1. 2. D. *de fluminib.*, *ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur* (XLIII. 12.) „Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet — — —, ex quo primum a plane vergere incipit usque ad aquam".

6) §. 2. 4. I. *h. t.* L. 4. D. *de damno infecto* (XXXIX. 2. — Bei diesem Benutzungsrecht hatten die cives ohne Zweifel einen Vorzug vor den Peregrinen. Jedenfalls konnten sie allein die darauf bezüglichen Klagerechte ausüben; L. 2. §. 2. D. ne quid in loco *publico vel itinere fiat* (XLIII. 8.) — „quantum *quilibet ex populo* ad obtinendum habet". L. 3. §. 4. D. *de operis novi nunciatione* (XXXIX. 1.) „Si in publico aliquid fiat, *omnes cives* opus novum nuntiare possunt".

7) L. 6. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.) — „loca, *quorum commercium non sit*, ut publica, *quae non in pecunia populi, sed in publico usu habentur*" —. L. 72. §. 1. eod. — — „si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, *venditio ejus valebit*" —. L. 14. pr. D. *de adquir. rer. domin.* (XLI. 1.).

8) S. oben §. 54. Nr. 3.

9) §. 6. I. *h. t.* „Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia".

10) L. 17. pr. D. *de verb. sign.* — L. 1. §. 1. D. *quod cujuscunque universit. nomine* (III. 4.).

§. 97.

b. *Res corporales et incorporales.*

Tit. Inst. de rebus corporalibus et incorporalibus (II. 2.).

Körperliche Dinge sind die im Raum existirenden oder vermittelst der äußeren Sinne wahrnehmbaren (res quae sunt, quae sui natura tangi possunt), als: ein Grundstück, ein Thier, ein Stein u. s. w.; unkörperliche: die nur im Begriff existirenden, nicht sinnlich wahrnehmbaren Gegenstände, res quae intelliguntur, quae tangi non possunt [1]), mithin (wenn wir diesen Begriff auf die Rechtswissenschaft anwenden) Rechte und Rechtsverhältnisse (res, quae in jure consistunt), wie: die Berechtigung, über ein fremdes Grundstück zu gehen oder es zu nutzen, das Erbrecht, ein Forderungsrecht (obligatio) [2]). Es würde diese Eintheilung aber keine Realität haben, wenn hierbei lediglich das Recht an sich, ganz abgesehen von dessen Gegenstande als res incorporalis gedacht würde. In der That aber ist das nicht der Fall, vielmehr erscheint in den genannten Anwendungen der Gegenstand des Rechts selbst als etwas Unkörperliches, nämlich: als Beschränkung des fremden Eigenthumsrechts, — Repräsentation eines Verstorbenen, — Herrschaft über den fremden Willen; der Stoff oder materielle Inhalt dieser Befugnisse kann immerhin etwas Körperliches sein [3]). Allein auch dieser Stoff erhält alsdann die Eigenschaft des Unkörperlichen, wenn ihm die individuelle Bestimmtheit fehlt. Daher werden Begriffsganze (§. 99. Nr. 1.), auch wenn sie aus lauter körperlichen Dingen bestehen, den corpora entgegengesetzt [4]), ferner alle Sachen, welche nicht den Individuen (species), sondern nur der Gattung nach Gegenstand eines Rechts sind [5]). Es gilt dies regelmäßig von allen Sachen, die im Verkehr nach Gewicht,

Zahl und Maaß bestimmt zu werden pflegen (Note 5.); die Neueren nennen sie fungible oder vertretbare Sachen[6]). Weniger bestimmt und gewiß nicht auf alle Dinge dieser Art anwendbar ist der Ausdruck: res, quae ipso usu consumuntur vel minuuntur[7]). Eine der wichtigsten Arten vertretbarer Sachen ist das Geld, pecunia numerata, d. i. das allgemeine und öffentlich sanctionirte Schätzungs- und Austauschungs-Mittel[8]), welches übrigens bisweilen auch die Eigenschaft eines corpus, d. h. einer individuell bestimmten Sache hat[9]).

1) §. 1. 2. I. *h. t.* Vgl. *Cic.* Top. c. 5.

2) §. 2. I. *h. t.* *Ulp.* Fr. Tit. XIX. §. 11. „In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus, et hereditas, et tutela legitima".

3) §. 2. I. *h. t.* — „nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est; eodem numero sunt jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur".

4) L. 5. pr. D. *de impens. in res dotal. factis* (XXV. 1.) — „non enim ipso jure *corporum, sed dotis* fit deminutio". — Vgl. L. 50. pr. D. *de her. pet.* (V. 3.). L. 119. D. *de verb. sign.*

5) L. 54. pr. D. *de verb. oblig.* (XLV. 1.) „In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur". — L. 30. pr. D. *de legat.* I. „Talis scriptura: *quas pecunias legavi* — — — ad corpora legata non pertinet, sed ad ea, quae pondere, numero, mensura continentur". — Vgl. L. 7. pr. D. *de exc. rei jud.* (XLIV. 2.).

6) Veranlassung zu der üblichen Benennung fungible Sachen hat die L. 2. §. 1. D. *de reb. credit.* gegeben: „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum (*al.* earum) datione possumus in creditum ire, quia (*al.* quae) *in genere suo functionem recipiunt per solutionem*, quam specie".

7) L. 1. D. *de usufr. earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur* (VII. 5.). Vgl. §. 2. I. *de usufr.* (II. 4.). *Ulp.* Fr. Tit. XXIV. §. 27. — „quae in abusu continentur" —.

8) L. 1. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.). Vgl. L. 222. D. *de verb. sign.* (S. oben §. 93. Note 5.)

9) S. z. B. L. 24. D. *depos.* (XVI. 3.). L. 34. §. 4. D. *de leg.* I. §. 2. I. *quibus alienare licet, vel non* (II. 8.).

§. 98.

Unterabtheilung der *res corporales* in *mobiles* und *immobiles*.

Körperliche Dinge sind entweder bewegliche oder unbewegliche. Bewegliche kann man diejenigen nennen, welche unbeschadet ihres Wesens eine Ortsveränderung erleiden können [1]), wobei denn noch die mobiles res im engeren Sinne von den moventia oder se moventes, d. i. Thiere und Sclaven, unterschieden werden [2]). Unbewegliche Sachen oder Grundstücke heißen im Allgemeinen fundi [3]), ferner res soli oder solo cohaerentes, gewöhnlich praedia. Dabei werden denn praedia rustica und urbana unterschieden, ein Unterschied, der bald nach der Lage des Grundstücks bestimmt wird [4]), bald nach anderen Merkmalen. So heißt pr. rusticum sehr gewöhnlich ein zur Fruchterzeugung bestimmtes Grundstück, praedium urbanum ein Gebäude [5]). Auf freie Plätze, die nicht zur Fruchterzeugung dienen (areae) wird bald das besondere Recht der pr. rust., bald das der pr. urb angewandt, je nach der verschiedenen Natur und Beschaffenheit dieses besonderen Rechts [6]). Im vorjustinianeischen Recht erscheint auch der Gegensatz von praedia in italico solo (oder italica) und provincialia von besonderer Wichtigkeit [7]).

1) S. übrigens §. 21. I. *de rer. divis.*

2) L. 93. D. *de verb. sign.* L. 1. pr. D. *de aedil. edicto* (XXI. 1.). L. 2. D. *de supellectile legata* (XXXIII. 10.).

3) L. 211. D. *de verb. sign.* „Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur". — Vgl. ubrigens *Cic.* or. pro Caec. c. 19.

4) L. 1. pr. D. *de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt, sine decr. non alienand.* (XXVII. 9.). L. 41. §. 5. D. *de leg* I.

5) L. 198. D. *de verb. sign.* „Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et — — — in villis et in vicis" — §. 1. I. *de servit.* (II. 3.).

6) arg. §. 1. I. *de servit.* und L. 3. D. *in quib. caus. pignus tacite contr.* (XX. 2.).

7) Vgl. *Gaj.* I. §. 120. II §. 21. 31. *Ulp.* Fr. Tit. XIX. §. 1.

§. 99.

c. Andere Eintheilungen der Rechtsobjecte.

Mit einstweiliger Uebergehung der erst bei der Lehre vom Eigenthum (§. 107.) zu erwähnenden und ohnehin antiquirten Eintheilung der Rechtsobjecte in res mancipi und nec mancipi sind hier noch folgende zu nennen: 1. ihren Bestandtheilen nach sind die einfachen, d. h. aus dem nämlichen Stoff bestehenden Dinge und die zusammengesetzten zu unterscheiden, bei diesen aber wieder die res singulae oder singulares, d h. die äußerlich als eine Sache erscheinenden [1]) von denen, welche nicht durch wirkliche Verbindung, sondern nur dem Begriffe nach ein Ganzes bilden [2]). Wir nennen diese universitates rerum [3]), oder Begriffsganze, die sämmtlich darin übereinkommen, daß ungeachtet eines Wechsels der einzelnen dazu gehörigen Dinge der Begriff des Ganzen unverändert bleibt. Im Uebrigen kann für die einzelnen dieser Begriffsganzen ein sehr verschiedenes Recht gelten [4]). **2.** Nach der Möglichkeit oder Zulässigkeit einer Theilung sind die Rechtsobjecte entweder theilbare (s. g. res dividuae) oder untheilbare (res individuae). Die Theilung ist eine natürliche, wenn die Sache in körperliche Theile — partes certae — zerlegt wird, eine juristische, wenn sie nach Quoten (partes incertae, Intellectualtheilen) erfolgt [5]). Ein Rechtsobject nun kann körperlich und juristisch theilbar sein [6]), oder nur juristisch [7]), oder in keiner Beziehung [8]). **3.** Nach dem Verhältnisse einer Sache zu anderen unterscheidet man Hauptsachen und Accessionen, worunter insonderheit zu verstehen sind a. die Erzeugnisse der Sache, fructus, sowohl die eigentlichen oder Naturalfrüchte [9]), als die s. g. Civilfrüchte [10]), b. das äußerlich einer anderen Sache Hinzutretende und durch diese Verbindung als Theil derselben zu Betrachtende [11]), c. Alles was, auch ohne durch eine Sache erzeugt zu sein oder einen integrirenden Theil derselben zu bilden, dennoch als von ihr abhängend oder zu ihr gehörig angesehen wird [12]); wir nennen dies Pertinenz der Sache. Die gesammten Accessionen heißen die causa

rei [13]), doch wird dieser Ausdruck bisweilen auch auf die der Sache anklebenden Lasten bezogen [14]).

1) L. 1. pr. und §. 3. L. 56. D. *de rei vind.* (VI. 1.). — Daß die Benennung res singulares auch den einfachen Dingen zukommt, versteht sich von selbst

2) L. 30. pr. D. *de usurp. et usuc.* (XLI. 3.) — „Tria genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu, et graece ἡνωμένον (*unitum*) vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον (*connexum*) vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex".

3) Die Römer beziehen den Ausdruck universitas auch auf corpora connexa; z. B. universitas aedificii oder aedium. L. 7. §. 11. D. *de adquir. rer. dom.* (XLI. 1.). L. 23. pr D. *de usurp.*

4) Vgl. z. B. L. 1. pr. und §. 3. L. 56. D. *de rei vind.*

5) L. 25. D. *quib. modis ususfr vel usus amittitur* (VII. 4.). — „vel *certae partis*, vel *pro indiviso*" —. L. 66. §. 2. in f. *de leg.* II. — „plures in uno fundo dominium *juris intellectu*, non *divisione corporis* obtinent". — L. 25. § 1. D. *de verb. sign.* „Qu. Mucius ait: partis appellatione rem *pro indiviso* significari; nam, quod *pro diviso* nostrum sit, id non partem sed totum esse".

6) L. 8. D. *de rei vind.* L 29. in f. D. *de solut.* (XLVI. 3.).

7) L. 8. in f. D. *de rei vind.* L. 5. D. *de stipul. servor.* (XLV. 3.).

8) S. z. B. L. 17. D. *de servit.* (VIII. 1.). — Fragm. jur. Pomp. (corp. jur. antejust. ed. Bonn. p. 168.) — „servitutes dividi non possunt".

9) L. 77 D. *de verb. sign.* L. 44. D. *de rei vind.* — Vgl. L. 68. pr. D. *de usufr.* (VII. 1.). L. 28. §. 1. D. *de usuris* (XXII. 1.) „Partus ancillae in fructu non est".

10) L. 34. D. *de usur.* „Usurae vicem fructuum obtinent" —. L. 36. *eod.* „Praediorum — pensiones pro fructibus accipiuntur". — Vgl. L. 49. *eod.*

11) L. 19. §. 13. D. *de auro, argento leg.* (XXXIV. 2.) — „ut accessio cedat principali". — §. 26. I. *de rer. divis.*

12) S. z. B. L 17. pr. §. 2. §. 7. D. *de act. emti vend* (XIX. 1.) — „Aedium multa esse, quae aedibus affixa non sunt, ignorari non oportet. — Fundo vendito vel legato sterculinium et stramenta emtoris et legatarii sunt —. Labeo scribit, ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse" —.

13) L. 17. §. 1. L. 20. D. *de rei vind.*

14) S. L. 18. §. 2. D. *de pignor. act.* (XIII. 7.) „Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, *quia cum sua causa pignus transeat*" —. Vgl. L. 3. C. *de servit.* (III. 34.).

§. 100.

II. Vom unmittelbaren Sachenrecht überhaupt.
1. Juristische (unmittelbare) Herrschaft über Rechtsobjecte.

Unserer unmittelbaren rechtlichen Herrschaft können nicht blos einzelne (körperliche) Sachen unterworfen sein, sondern auch Begriffsganze (§. 99. Nr. 1.), mögen sie aus körperlichen Dingen bestehen, oder aus Rechtsobjecten aller Art. So denn auch ein Gesammtvermögen in allgemeiner oder besonderer Beziehung gedacht. Denn wenn gleich einzelne Bestandtheile desselben (nämlich die Forderungsrechte) als solche nicht Gegenstand eines unmittelbaren Sachenrechts sind, so beherrscht — gebraucht, veräußert, vererbt — der Eigner doch das Ganze, ohne diese Befugniß aus einem obligatorischen Verhältniß abzuleiten. Ein großer Theil dieser unmittelbaren Sachenrechte nun ist durch in rem actiones (Vindicationen, dingliche Klagen, s. §. 42. Nr. 1.) geschützt; wir nennen diese die dinglichen Rechte, jura in rem, im Gegensatz der persönlichen Rechte, jura in personam, d. h. aller nur durch actiones in personam geschützten Rechte [1]). Dingliche Rechte nun sind 1. das Eigenthum, vorzugsweise dominium genannt, d. i. die volle Gewalt über eine körperliche Sache; 2. die s. g. jura in re aliena, worunter wir die mit Vindication verknüpften Rechte an fremdem Eigenthum verstehen, nämlich a. die Servituten, b. die Rechte eines Emphyteuta und Superficiar, welche man als dem Eigenthume nahe kommende, auch als erweiterte Servitutenrechte bezeichnen kann [2]); c. das Pfandrecht [3]). 3. Die successiones per universitatem, nämlich das Erbrecht [4]) und die diesem nachgebildeten Successionsfälle [5]). Für das Eigenthum ist die Vindication zuerst eingeführt und später auf die übrigen der genannten Rechte übertragen; daher wird denn auch der Ausdruck dominium auf solche Rechte angewandt [6]). Durch die Vindicationsbefugniß nun erscheint das unmittelbare Sachenrecht in seiner vollendetsten Gestalt; doch ist sie nicht Grundbedingung

desselben. Auch ein Gesammtvermögen ist der unmittelbaren juristischen Herrschaft seines Inhabers unterworfen, aber nur sofern es als Erbschaft erscheint, kann es Gegenstand einer Vindication sein. Im Rechtssystem kann übrigens von einem Gesammtvermögen stets nur in besonderen Beziehungen die Rede sein, und diese eignen sich zu gesonderten Darstellungen blos in den Fällen, in welchen eigenthümliche Rechte und Rechtsverhältnisse entweder durch eine besondere Qualität der Subjecte begründet werden (Dos, Peculium, Pupillarvermögen), oder durch die Erwerbsart (Erbrecht und die demselben analogen Successionsarten). Hiedurch ist denn der hauptsächliche Gegenstand dieses Buchs, oder der Inhalt der folgenden Capitel (2—6) genau bestimmt und zugleich die Aufeinanderfolge der einzelnen Lehren angedeutet.

1) Vgl. den s. g. Brachylogus (s. oben §. 12. Note 2.) Lib. IV. Tit. 19. in f. und Tit. 23. §. 8. — Vor geraumer Zeit gebrauchte man für dingliches und persönliches Recht auch die Ausdrücke: jus in re und jus ad rem. — Manche nehmen noch einen weiteren Begriff vom dinglichen Recht an, wegen §. 13. I. *de actionib.* (S. oben §. 42. Note 3.)

2) Auch wird die superficies *servitus* genannt in L 86. §. 4. D. *de leg.* I.

3) Es versteht sich, daß die jura in re aliena nur insoweit sie das Eigenthum im wahren Sinne, also das Gewaltverhältniß uber eine körperliche Sache beschränken, dingliche Rechte sein können. Einzelne der genannten Rechte (z. B. das Pfandrecht) können auch an Forderungen, oder an einem Gesammtvermögen Statt finden; ein Recht aber, das der Eigner selbst nicht hatte, kann natürlich auch der Inhaber des jus in re nicht ausuben.

4) S. *Gaj.* IV. §. 17. — „si — — — de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in jus adferebatur, atque in eam partem — — fiebat vindicatio".

5) *Gaj.* IV. §. 34. 35. — — „similiter et bonorum emtor *ficto se herede* agit" —.

6) So auf die Servituten (L. 3. D. *si ususfr. pet.* VII. 6. L. 15. §. 8 D. *quod vi aut clam* XLIII. 24.) und auf das Gesammtvermögen eines Verstorbenen L. 70. §. 1. D. *de verb. sign.*; aus dieser letzteren Stelle u. a. (z. B. L. 48. pr. D. *de hered. inst.* XXVIII. 5. L. 195. §. 2. D. *de verb. sign.* L. 4. Theod. Cod. *de bonis proscriptor.* IX 42.) darf geschlossen werden, daß man, im gemeinen Leben wenigstens, uberhaupt das Gesammtvermögen eines Menschen dominium und den Inhaber dominus nannte.

§. 101.

2. Factische Herrschaft über Rechtsobjecte. (*Possessio.*) a. Begriff.

Der vieldeutige Ausdruck possessio [1]) wird in der Rechtswissenschaft vorzugsweise auf das Innehaben einer körperlichen Sache mit dem Willen sie als Eigenthümer zu haben (dem animus domini) bezogen [2]). Um einen solchen Besitzer von dem bloßen Detentor (z. B. dem Pachter) zu unterscheiden, hilft sich die Römische Rechtssprache durch Umschreibungen, wie: in possessione esse, naturaliter possidere oder tenere u. a. [3]). Nach der ursprünglichen oder etymologischen Bedeutung ist aber gerade jedes factische Innehaben einer Sache (auch ohne den animus domini) Besitz [4]). Es ist nur eine juristische Anwendung dieses natürlichen Begriffs, wenn im Streit über Eigenthum und Erbrecht der Beklagte, bei einem Streit über Servitutenrechte der, welcher vom Beweise frei ist, possessor genannt wird [5]). Umgekehrt lassen sich folgende Bedeutungen des Worts als abgeleitete und erweiterte des zuerst genannten Begriffs ansehen: erstlich, ein durch den Prätor eingeführtes und durch prätorische Rechtsmittel geschütztes dingliches Recht, z. B. bonorum possessio für prätorisches Erbrecht [6]); sodann possessio für jedes Grundeigenthum [7]), wohl nur in der Sprache des gemeinen Lebens und in Rechtsgeschäften, die Nichtjuristen zu Urhebern hatten, üblich, in ähnlicher Art, wie wir auch von Besitzungen sprechen. — Besitz nun, als Detention mit dem animus domini (oder rem sibi habendi), kann Grund besonderer Rechte sein; wir nennen ihn deshalb juristischen Besitz [8]). Diese Rechte sind auch auf einzelne Arten der jura in re angewandt, wodurch denn der Begriff einer juris oder quasi possessio entsteht, d. h. der Ausübung eines solchen Rechts mit dem Willen, dasselbe als Eigenberechtigter zu haben [9]).

1) S. *Cic.* de or. II. 49. de lege agraria II. 27. — L. 11. D. *de probat.* (XXII. 3.) — „si quidem in *possessione libertatis*

fuit" —. L. 10. D. *de liberali causa* (XL. 12.) — „in possessione libertatis" —.

2) L. 1. §. 3. D. *de adquir. vel amitt. poss.* (XLI. 2.). S. auch die folgende Note.

3) S. z. B. L. 10. §. 1. D. *h. t.* (XLI. 2.) — „aliud est *possidere*, longe aliud in *possessione esse*" —. L. 24. *eod.*

4) L. 1. pr. D. *h. t.* „Possessio appellata est — a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci *κατοχήν* (detentionem) vocant". — *Theophili* paraphr. ad pr. Inst. *de interd.* (IV. 15.) definirt den Besitz als *σωματικοῦ πράγματος κατοχή*, d. i. corporalis rei detentio.

5) L. 19. §. 1. D. *de her. pet.* (V. 3.). Vgl. L. 16. §. 4. 7. *eod.* — L. 8. §. 3. D. *si servitus vindicetur* (VIII. 5.). Vgl. L. 15. in f. D. *de oper novi nunc.* (XXXIX. 1.).

6) L. 3. §. 1. 2. D. *de bon. poss.* (XXXVII. 1.). S. auch L. 3. D. *si ususfr. petat.* (VII. 6.).

7) L. 78. D. *de verb. sign.*

8) Auch die Römer sprachen von einem jus possessionis (als verschieden von dem jus possidendi), z. B. L. 44. pr. D. *h. t.* (XLI. 1.).

9) L. 23 §. 2. D. *ex quib. caus. major.* (IV. 6.). L. 10. pr. D. *si servit. vindic.* (VIII. 5.). L. 2. §. 3. D. *de precar.* (XLIII. 26.).

§. 102.

b. Insbesondere vom juristischen Besitz.
α. Rechte desselben.

Die rechtliche Wirkung, welche stets mit dem juristischen Besitz verknüpft ist, besteht in dem Schutz desselben durch possessorische Interdicte (§. 44.), worunter hier nicht die auf Erlangung eines Besitzes gerichteten (adipiscendae possessionis interdicta) zu verstehen sind [1]), sondern die aus dem Recht des Besitzes entspringenden. Diese sind **1.** interdicta retinendae possessionis, welche Schutz des gegenwärtigen Besitzes wider Beeinträchtigungen bezwecken [2]); früher gab es zwei Arten dieser Interdicte, das interd. uti possidetis für unbewegliche Sachen [3]), das interd. utrubi für bewegliche [4]). Nach neuerem Recht gelten auch für diese die Grundsätze des interd. uti possidetis [5]). **2.** Interdicta recuperandae possessionis, auf Wiedererhaltung eines verlorenen Besitzes gerichtet, nämlich a) das interdictum unde vi, wegen gewaltsamer Be-

sitzesentsetzung und was dieser gleich stand [6]), b) das interdictum de precaria possessione oder de precario, wenn Jemand Besitz und Genuß seiner Sache auf willkührlichen Widerruf überlassen hat und der Empfänger die Rückgabe verweigert [7]). — Es kann aber unter gewissen Voraussetzungen der Besitz auch Grund des Erwerbes der juristischen Herrschaft über die Sache sein; diese Erwerbung heißt **Ersitzung** (usucapio), der dazu führende Besitz selbst aber (dessen Erfordernisse erst in der Lehre vom Eigenthumserwerb bestimmt werden können) civilis possessio [8]).

1) Ueber die adipisc. poss. interdicta s. §. 3. I. *de interd.* (IV. 15.).

2) Vgl. *Gaj.* IV. §. 148. u. L. 1. §. 1. 2. D. *uti possidetis* (XLIII. 17.).

3) L. 1. pr. D. *uti possidetis* „Ait Praetor: *uti* eas aedes, quibus de agitur: *nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis*, quo minus ita possideatis vim fieri veto" —. Ueber das Verfahren dabei s. *Gaj.* IV. §. 166—169.

4) L. un. pr. D. *utrubi* (XLIII. 31.) „Praetor ait: *Utrubi hic homo*, quo de agitur, *majore parte hujusce anni fuit*, quo minus is eum ducat, vim fieri veto".

5) §. 4. in f. I. *de interd.*

6) L. 1 §. 3. D. *de vi et de vi armata* (XLIII. 16.). — L. 1. §. 29. *eod.* „Labeo ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum — — — —, si illi vi occupaverunt possessionem" — L. 1. §. 47. *eod.* — „si — possessorem — vinctum opus facere cogam — —, verius puto, eum quoque dejectum videri".

7) L. 2. pr. D. *de precario* (XLIII. 26.). — Ein interd. de clandestina possessione nahm noch Julian an; L. 7. §. 5. D. *communi divid.* (X. 3.). In anderen Stellen wird es nicht erwähnt, und scheint außer Gebrauch gekommen zu sein, wegen des in L. 46. D. *h. t.* enthaltenen Rechtssatzes. Dagegen wurden die auf Wiedererlangung eines Besitzes gerichteten Rechtsmittel unter den späteren Kaisern wieder erweitert. L. 5. u. 8. C. *unde vi* (VIII. 4.).

8) L. 2. §. 1. 2. D. *pro herede* (XLI. 5.).

§. 103.

β. Subjecte des juristischen Besitzes.

Ungeachtet der Besitz ein Factum ist, kann ihn doch nur der Rechtsfähige in eignem Namen haben und ausüben [1]). Außerdem ergiebt sich aus dem Begriff desselben,

daß nur der von Eigenthums wegen Besitzende den juristischen Besitz hat [2]). Doch steht ausnahmsweise auch Anderen das Recht zu, die possessorischen Interdicte in eignem Namen auszuüben [3]), was man jetzt gewöhnlich ein **abgeleitetes Besitzrecht** nennt. Uebrigens kann es auch Mitbesitzer geben, d. h. der Besitz derselben Sache nach Intellectualtheilen zwischen Mehreren getheilt sein [4]), wogegen „plures eandem rem in solidum possidere non possunt" [5]).

1) L. 49. §. 1. D. *h. t.* „Qui in aliena potestate sunt, *rem peculiarem tenere possunt*, habere, *possidere* non possunt, quia possessio non tantum corporis sed et juris est". (Aehnliche Aeußerungen kommen auch sonst vor, wo juristische Regeln auf den Besitz angewandt werden, z. B. plurimum ex jure possessio mutuatur, L. 49. pr. *eod.*).

2) L. 9. D. *h. t.* „Generaliter, quisquis omnino nostro nomine *sit in possessione*, veluti procurator, hospes, amicus, *nos possidere videmus*". L. 25. §. 1. D. *eod.* „Et per colonos et inquilinos, aut servos nostros possidemus. — Nec inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quicquam interest". — *Gaj.* inst. IV. §. 153.

3) So namentlich: „qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; *quod ad reliquas omnes causas pertinet*, *qui accepit possidet*". L. 16. D. *de usurp.* (XLI. 3). Ferner: „Meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet etiam possidere"; L. 4. §. 1. D. *de precar.* (XLIII. 26.).

4) L. 26. D. *h. t.*

5) L. 3. §. 5. D. *h. t.* — Uebrigens ist das Zusammenbestehen einer juris und einer corporis possessio an derselben Sache möglich; L. 12. pr. D. *h. t.*

§. 104.

γ. Erwerb des Besitzes.

Zum Besitzerwerb gehört: eine Apprehensionshandlung, welche die Sache der Herrschaft des Erwerbers unterwirft (corpus) und die Absicht sie als eigne haben zu wollen (animus) [1]). 1. Als Apprehensionshandlung gilt keineswegs blos das Ergreifen einer beweglichen Sache mit der Hand oder das Betreten einer unbeweglichen, sondern jedes Factum, welches an sich geeignet ist, dem Erwerber die natürliche und ausschließliche Herrschaft über die Sache

oder einen Theil derselben zu verschaffen; leichter wird daher Besitz erworben durch Tradition von Seiten des bisherigen juristischen Besitzers, als ohne dieselbe [2]. **2.** Der animus rem sibi habendi ist unabhängig von der Ueberzeugung der Rechtmäßigkeit des Besitzes [3], muß übrigens nicht nur vorhanden sein können [4], sondern in der Regel auch schon bei dem Factum vorhanden sein, wodurch die physische Herrschaft (die Detention) begründet wird; denn: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest [5]. Ausgenommen ist der Fall, wenn der juristische Besitz der Sache dem bisherigen bloßen Detentor überlassen wird [6]; man nennt dies brevi manu traditio [7]. Auch kann der Besitz durch — freie oder unfreie — Stellvertreter erworben werden [8], bisweilen sogar, ohne daß der Dominus darum weiß [9], und wenn ein Auftrag zum Erwerb vorausgegangen ist, entsteht der Besitz sogleich mit der Apprehensionshandlung, wenn gleich der Prinzipal nicht wußte, daß diese erfolgt sei [10]. Dennoch ist die in Beziehung auf Besitzerwerb durch Stellvertreter aufgestellte Regel: ignoranti possessio non quaeritur, nicht ohne Bedeutung [11]. Wenn ein juristischer Besitzer auf den Grund eines Ueberlassungsvertrags sich entschließt, den Besitz als Stellvertreter des neuen Erwerbers auszuüben, so bedarf es für diesen einer besonderen Apprehensionshandlung nicht [12], was man ein constitutum possessorium nennt, auch wohl als umgekehrte brevi manu traditio bezeichnet.

1) L. 3. §. 1. D. *h. t.*

2) S. z. B. L 1. § 21. L. 51. D. *h. t.* — L. 74. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.) „Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sunt" —. L. 79. D. *de solut.* (XLVI. 3.) „Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat; nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detinetur, acquisita mihi et *quodammodo manu longa tradita* existimanda est". L. 18. §. 2. D. *h. t.* „Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit; aut si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem". — Vgl. mit L. 3. §. 3. D. *h. t.* — „Quidam putant — — —, nec alias eum, qui scit, possidere (thesaurum), *nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia*

nostra; quibus consentio". L. 3. §. 1. in f. D. *de acquir. rer. dom.* (XLI. 1.). L. 55. *eod.*

3) L. 1. in f. L. 2. D. *uti possidetis* (XLIII. 17.). Vgl. L. 3. §. 5. D. *h. t.* — „in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat".

4) L. 1. §. 3. D. *h. t.* „Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, *quia affectionem tenendi non habent*". — Vgl. unten Note 9.

5) L. 3. §. 19. D. *h. t.* L. 19. §. 1. *eod.* L. 5. C. *de acquir. et retin. poss.* (VII. 32.).

6) §. 44. I. *de rer. divis.* L. 9. §. 5. D. *de acquir. rer. domin.* (XLI. 1.). L. 9. §. 9. D. *de reb. cred.* (XII. 1.). L. 6. §. 3. D. *de prec.* (XLIII. 26.).

7) arg. L. 43. §. 1. D. *de jure dot.* (XXIII. 3.) — „brevi manu acceptum a muliere et marito datum" —.

8) L. 53. in f. D. *de acquir. rer. domin.*

9) L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. in f. L. 32. in f. D. *h. t.* L. 31. §. 3. D. *de usurpat. et usuc.* (XLI. 3.). — L. 1. §. 3. und §. 22. in f. L. 2. D. *h. t.*

10) L. 13. pr. D. *de acquir. rer. dom.* L. 42. §. 1. D. *h. t.*

11) Vgl. L. 42. §. 1. in f. L. 49. §. 2. D. *h. t.* L. 1. C. *h. t.* (VII. 32.).

12) L. 18. pr. D. *h. t.*

§. 105.

δ. Verlust des Besitzes.

Besitz geht verloren, wenn entweder die factische Herrschaft über die Sache dem Besitzer völlig entzogen, oder die Absicht von Eigenthums wegen zu besitzen aufgegeben ist [1]). Ersteres wird auch schon angenommen, wenn der Ort, wo sich die Sache befindet, unzugänglich oder dem Besitzer völlig unbekannt ist [2]), ferner, wenn derselbe auf seinem Grundstück als Sclave behandelt oder ihm der Zutritt zu demselben verwehrt wird [3]), nicht aber durch eine wider Wissen des Besitzers erfolgte Occupation des Grundstükkes [4]), und eben so wenig durch die bloße Absicht dessen, der Besitz für einen Anderen ausübt, das Eigenthum der Sache haben zu wollen [5]). Anbelangend den Verlust durch animus, so muß, wie beim Erwerb der animus rem sibi habendi, so hier die Absicht, das Eigenthum aufzugeben, nicht blos vorhanden sein können [6]), sondern auch un-

zweifelhaft vorhanden sein [7]). Ist dies der Fall, so geht auch der durch Stellvertreter geübte Besitz verloren [8]), wogegen die Absicht der Stellvertreter, den Besitz dem dominus zu entziehen, an und für sich wirkungslos ist [9]). Umgekehrt verhält es sich hier mit dem Verlust der physischen Einwirkungsfähigkeit; daß diese dem Dominus entzogen wird, begründet für ihn noch keinen Besitzesverlust, wohl aber tritt dieser ein, wenn gegen den Detentor eine Dejectionshandlung verübt wird [10]).

1) L. 3. §. 6. in f. D. *h. t.* — „Igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest". — L. 153. D. *de reg. jur.* „Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, *nisi in qua utrumque in contrarium actum est*".

2) L. 13. pr. D. *h. t.*

3) *Pauli* rec. sent. Lib. V. Tit. 6. §. 6. L. 1. §. 47. D. *unde vi.* (S. §. 102. Note 6.)

4) L. 46. D. *h. t.* — „possessio solo animo retinetur". — L. 6. §. 1. L. 7. D. *h. t.* (S. §. 102. Note 7.)

5) L. 3. §. 18. D. *h. t.* L. 67. pr. D. *de furt.* (XLVII. 2.). Vgl. unten Note 9.

6) L. 27. L. 29. D. *h. t.* L. 11. D. *de acquir. rer. dom.*

7) Vgl. L. 37. D. *de usurp.* (XLI. 3.). L. 1. §. 25. D. *unde vi* (XLIII. 16.). L. 4. C. *h. t.* (VII. 32.).

8) L. 3. §. 12. D. *h. t.* — „*animo nostro*, *corpore* — *alieno* possidemus".

9) S. die Note 5. angef. Stellen. Vgl. L. 40. §. 1. D. *h. t.* u. L. 12. C. *h. t.* (VII. 32.). Wenn der Stellvertreter selbst den Dominus dejicirt, geht der Besitz an ihn selber über (L. 12. D. *unde vi*), falls er nicht zu den Personen gehört, durch welche dem Dominus Alles erworben wird. L. 15. D. *h. t.* L. 40. pr. *eod.*

10) L. 1. §. 22. D. *unde vi.* — L. 44. §. 2. D. *h. t.* — „quum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus. Nam ejus — — —, quod servi vel etiam coloni corpore possideretur, non aliter amitti possessionem, quam si eam alius ingressus" —.

Zweites Capitel.

Das Eigenthumsrecht.

§. 106.

I. Begriff und Arten des Eigenthums.

Eigenthum (dominium, proprietas) ist die vollständige rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache [1]). Die in dem Umfange des Eigenthums von selbst liegenden Befugnisse sind: ein vollständiges und ausschließliches Gebrauchs-, Nutzungs- und Verfügungsrecht. Soll der volle rechtliche Schutz dieser Befugnisse dem Eigenthümer gewährt werden, so muß er die Sache jedem Besitzer, dem nicht etwa von ihm selber ein Recht, sie zu haben oder zu nutzen eingeräumt ist, abfordern dürfen. Allein nicht allenthalben ist dies s. g. Vindicationsrecht anerkannt; in Rom war dies zwar der Fall, doch betrachtete man es als ein den Römern eigenthümliches Recht und damit dies dominium ex jure Quiritium entstehe, war erforderlich: **1.** Civität des Erwerbers; **2.** ein geeignetes Object, was freilich jede bewegliche Sache, von Grundstücken aber nur ein praedium in italico solo oder italicum sein konnte [2]); für manche Objecte (die res mancipi, s. den folg. §.) auch **3.** eine civilrechtliche Erwerbsart. Fehlte es an diesen Erfordernissen, nicht aber an solchen, welche nach natürlichem Recht oder dem jus gentium zur Begründung des Eigenthums hinreichen, so war die Sache in bonis —, im Vermögen [3]); man hatte ihren Besitz und Genuß, auch prätorischen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, nur nicht die Vindication und die Ausübung der sonst nach R. R. mit quiritarischem Eigenthum verknüpften Befugnisse [4]). Seitdem der Prätor auch eine fictitia formula petitoria (also eine in rem actio) zum Schutz des s. g. bonitarischen Eigenthums einführte [5]), verlor der Unterschied einen wesentlichen Theil seiner Bedeutung; aber auch die noch gebliebenen Verschiedenheiten verschwanden theils von selbst, seitdem das ältere Gerichtsverfahren abgekommen war, theils wurden sie von

Justinian aufgehoben [6]), welcher außerdem noch ausdrücklich erklärte: es gebe nur eine Art des Eigenthums [7]). Uebrigens können die in dem Umfange des Eigenthums regelmäßig liegenden materiellen Rechte auf mancherlei Art beschränkt sein, (worauf natürlich bei der allgemeinen Begriffsbestimmung keine Rücksicht zu nehmen ist). Ihrem Grunde nach beruhen diese Bestimmungen entweder auf gesetzlichen Vorschriften [8]), oder auf Autonomie; dem Inhalte oder den Wirkungen nach erscheinen sie bald als dingliche Lasten, bald als blos persönliche Verpflichtungen. Wenn die Beschränkung darin besteht, daß einem Nichteigenthümer das Nutzungsrecht als dingliches Recht gebührt, so nennen die Neueren es dominium minus plenum im Gegensatz des plenum [9]). Miteigenthum (s. g. condominium), oder die Theilung derselben Sache zwischen Mehreren nach Intellectualtheilen [10]) gehört nicht unter den Begriff des beschränkten Eigenthums, der Gegensatz zwischen einem s. g. dominium directum im Gegensatz des utile im Sinne der Neueren ist aber dem Röm. Recht unbekannt [11]).

1) L. 4. pr. D. *comm. div.* (X. 3.) „Per hoc judicium *corporalium rerum* fit divisio, *quarum rerum dominium habemus*". — Vat. Fr. §. 92., wo vindicare corpora und jus einander entgegengesetzt werden. Vgl. auch L. 8. pr. D. *quib. mod. pign. solv.* (XX. 6.).

2) Vgl. *Gaj.* I. §. 120. II. §. 7. 21. 27. 31. *Ulp.* Fr. Tit. XIX. 1. Vat. Fr §. 293. — §. 40. I. *de rer. divis.*

3) *Gaj.* II. §. 40. „Sequitur ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur; aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus; sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere". Vgl. ebendas. I §. 54. und *Theophilus* paraphr. ad §. 4. —: „*ἔστιν — φυσικὴ δεσποτεία, καὶ ἔννομος δεσποτεία, καὶ ἡ μὲν φυσικὴ λέγεται* in bonis, *καὶ ὁ δεσπότης βονιτάριος.*" — Es konnte an derselben Sache Einem das quiritarische Eigenthum und einem Anderen das in bonis zustehen; *Gaj.* II. §. 140. a. E. und §. 141. — Nicht zu verwechseln mit dem s. g. bonitarischen Eigenthum ist aber das Recht der bloßen bonae fidei possessio; vgl. L. 16. 17. D. *de Publ. in rem act.* VI. 2. Ferner: *Ulp.* Fr. Tit. XIX. §. 20. 21. Vgl. den folg. §. zu Note 15.

4) *Gaj.* I. §. 35. III. §. 56. *Ulp.* Fr. Tit. I. §. 16. Vgl. oben §. 61. Note 1.

5) arg. *Gaj.* IV. §. 34.

6) L. un. C. *de lat. lib. toll.* (VII. 6.). L. un. C. *de usuc. transform.* (VII. 31.).

7) L. un. C. *de nudo jure Quiritium tollendo* (VII. 25.).

8) Den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, der früheren Zeit wenigstens, liegt eine Rücksicht auf Gemeinwohl (ratio utilitatis) zu Grunde, insbesondere auf Religion (z. B. L. 12. pr. und §. 1. D. *de relig.* XI. 7.), auf Beförderung des Verkehrs (L. 14 §. 1. D. *quemadm. serv. amitt.* VIII. 6), auf öffentliche Sicherheit (z. B. die Bestimmungen über Höhe der Gebäude, modus aedificiorum, L. 1. §. 17. D. *de op. novi nunc.* XXXIX. 1. L. 1. C. *de aedificiis privat.* VIII. 10. und über das legitimum spatium, intercapedo, L. 14. D. *de serv. pr. urb.* VIII. 2. L. 11. C. *de aedif. priv.* Vgl. auch L. 1. D. *de damno infecto* XXXIX. 2. und L. 1. pr. D. *de tigno juncto* (XLVII. 3.), auf Landwirthschaft (z. B. Tit. Dig. *de aqua et aquae pluv. arc.* XXXIX. 3. L. 1. §. 7. D. *de arbor. caed.* XLIII. 27. L. 1. pr. D. *de tigno juncto*). Ihren rechtlichen Wirkungen nach aber erscheinen diese Beschränkungen meistens nur als Privatrechte, ja die ratio utilitatis ist bisweilen nur ein allgemeiner Billigkeitsgrund; z. B. L. 10. in f. L. 11. pr. D. *de serv. praed. urb.*

9) Das Röm. Recht hat hier die Ausdrücke nuda proprietas, im Gegensatz der plena proprietas; L. 4. pr. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (VII. 4). L. 78. pr. D. *de jure dot.* (XXIII. 3.).

10) S. oben §. 99. Nr. 2. — L. 5. §. 15. D. *commodati* (XIII. 6.) — „duorum — in solidum dominium vel possessionem esse non posse — —, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere".

11) Will man von einem dominium utile im Sinne des Röm. Rechts sprechen, so darf man darunter nur die dinglichen Rechte verstehen, zu deren Schutz eine utilis in rem actio gegeben wurde.

§. 107.

II. Erwerb des Eigenthums. A. Uebersichtliche Darstellung der verschiedenen Erwerbsarten und ihrer Wirkungen.

Tit. Inst. De rerum divisione (et adquirendo ipsarum dominio) §. 11 — 48.

Man pflegt beim Erwerb des Eigenthums einen Erwerbstitel [1]) eine justa causa acquirendi — von dem Erwerbe selbst — dem s. g. modus acquirendi — zu unterscheiden; doch ist diese Unterscheidung, soweit sie überall nöthig und möglich ist, keineswegs auf den Eigenthumserwerb einzuschränken. Was nun die Erwerbsarten des Eigenthums anbetrifft, so unterscheiden unsere Quellen die aus dem jus naturale abzuleitenden von den civilrechtli-

chen [2]); doch ist noch eine dritte Classe hinzuzufügen, die Erwerbungen umfassend, welche durch den Prätor vermittelt wurden. **1.** Civilrechtliche Erwerbsarten [3]) sind a) mancipatio (§. **40.** Nr. **1.** c.), b) in jure cessio (§. **40.** Nr. **1.** b.), c) usucapio (§. **114.**), d) adjudicatio [4]), e) e praeda sub corona emtio [5]), f) lex, oder Erwerbung des Eigenthums auf den Grund eines Volksschlusses [6]). **2.** Die auf dem jus naturale oder gentium beruhenden Erwerbungen lassen sich auf zwei Hauptgründe zurückführen: a) Erwerb des Eigenthums durch eine Besitzergreifungshandlung, b) Erwerb durch Accession (§. **99.** Nr. **3.**). Einzelne Anwendungen dieser naturrechtlichen Erwerbsgründe haben übrigens manche juristische oder positivrechtliche Beimischung erhalten [7]). **3.** Die prätorischen Erwerbsarten, auch insofern sie sich nicht auf Universalsuccession beziehen [8]), beruhen auf bloßen Nach- und Fortbildungen civilrechtlicher Schutzmittel [9]), leiden daher überhaupt keine gesonderte Darstellung. — Fragen wir nach den Wirkungen der verschiedenen Erwerbsarten, so kommt hierbei für das vorjustinianeische Recht der Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi in Betracht [10]). Unter jenen kann man die Sachen verstehen, an welchen das quiritarische Eigenthum in der Regel nur durch Manzipation oder eine andere civilrechtliche Erwerbsart begründet werden kann [11]). Es waren dies: praedia italica [12]), Sclaven, Zug- und Lastthiere, die zum Ackerbau gebraucht wurden [13]). Nach dem Justinianeischen Recht fällt dieser Unterschied weg [14]). Die prätorischen Erwerbsarten begründeten stets nur bonitarisches Eigenthum, was denn jetzt ebenfalls ein vollständiges ist; bisweilen aber entstand durch des Prätors Vermittelung eine bloße bonae fidei possessio [15]), und wo dies der Fall war, tritt auch im neuesten Recht keine andere Wirkung ein. — Bei der folgenden Aufzählung und Erörterung der einzelnen Erwerbsarten sind übrigens die nicht mehr geltenden, so wie diejenigen weggelassen, die am füglichsten im Zusammenhange mit anderen Lehren vorgetragen werden.

1) §. 14. I. *de usucap.* (II. 6.) — „qui a fisco per venditionem, vel donationem, vel *alium titulum* aliquid accipiunt" —. L. 30. D. *qui omissa causa test.* (XXIX. 4) „Qui — pro emtore, vel pro dote, vel pro donato, sive *alio quolibet titulo* — possideat" —. Vgl. *Gajus* II. § 20.

2) *Gaj.* II. §. 65. — §. 11. I. *h. t.* „Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium, quarundam jure civili". L. 1. pr. D. *de acquir. rer. dominio* (XLI. 1).

3) *Ulp.* Fr. Tit. XIX. §. 2. (wo aber nicht blos civilrechtliche Erwerbsarten genannt werden). *Varro* de re rust. Lib. II. c. 4., der auch auf per universitatem successiones Rücksicht nimmt, nämlich auf die hereditas und auf die sectio, worunter meistens der sub hasta erfolgende Verkauf eines confiscirten Vermögens verstanden wird, die regelmäßig ebenfalls auf die universitas bonorum ging.

4) *Ulp.* Fr. Tit. XIX. §. 16.

5) *Varro* l. l. und *Gellius* N. A. VII. 4.

6) *Ulp.* Fr. Tit. XIX. § 17. „Lege nobis adquiritur velut caducum, vel ereptorium ex Lege Papia Poppaea, item legatum ex lege XII tabularum, sive mancipi res sint, sive nec mancipi". Es giebt aber noch manche andere Fälle, wo das Eigenthum ipso jure erworben wird (s. z. B. L. 14. D. *de publicanis* XXXIX. 4.), die freilich nicht auf einer lex im eigentlichen Sinne beruhen.

7) S. z. B. unten §. 110. und §. 112.

8) Wie die bonorum possessio und die bonorum venditio, worauf das pr. I. *de successionib. sublatis, quae fiebant per bonorum venditionem* (III. 12.) sich bezieht.

9) Z. B. die longi temporis praescriptio (unten §. 114.) und selbst das Erwerbsrecht aus nicht geleisteter Caution wegen damnum infectum; *Gaj.* IV. §. 31.

10) Vgl. *Gaj.* II. §. 18—22. — Vgl. ebendas. §. 15—17. und Lib. I. §. 120. u. 121. *Ulp.* Fr. Tit. XIX. §. 1. u 3.

11) Für die res mancipi findet sich auch der Begriff anerkannt: es sind die manzipationsfähigen Sachen —, d. h. diejenigen, worauf die Veräußerungsform durch Manzipation überhaupt anwendbar ist (*Gaj.* II. §. 129. vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XIX. §. 3. s. auch die folg. Note); die hauptsächliche practische Bedeutung des Unterschiedes aber ist die oben angegebene. Uebrigens leidet die Annahme kein Bedenken, daß die Erwerbung durch Accession stets dasselbe Eigenthum begründete, das an der Hauptsache zustand, und eben so die dem Feinde abgenommene Beute sofort quiritarisches Eigenthum wurde; arg. *Gaj* Inst. IV. §. 16. — „maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent".

12) Auch die jura praediorum rusticorum sind res mancipi, wenn gleich die jura praediorum urbanorum ebenfalls gewöhnlich durch in jure cessio veräußert zu werden pflegten; doch der Manzipation waren sie nicht fähig. S. *Gaj.* II. §. 29. und die Bemerk. der vorhergehenden Note.

13) *Ulp.* Fr. Tit. XIX. 1. — „quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Caeterae res nec man-

cipi sunt; elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt". — Vgl. *Gaj.* II. §. 15. 16.

14) L. un. in f. C. *de usuc. transform.* (VI. 31.). §. 40. I. *h. t.* Vgl. oben §. 106. Note 6. 7.

15) L. 15. §. 16. 21. D. *de damno inf.* (XXXIX. 2.). Vgl. §. 106. Note 3. a. E.

§. 108.

B. Einzelne Erwerbungsarten. I. Erwerbung durch eine Apprehensionshandlung und zwar a. auf Veräußerung beruhende. (Tradition.)

Unter Tradition wird hier die Eigenthumsveräußerung mittelst Besitzesübertragung verstanden. Sie beruht ihrer Form nach auf den Regeln vom Besitzerwerb, kann daher durch Stellvertreter erfolgen [1]), so wie als s. g. longa manu oder brevi manu traditio [2]). Soll sie aber Eigenthum bewirken, so muß der Tradent Eigenthum übertragen, der Empfänger es erwerben wollen [3]), Ersterer auch zur Veräußerung befugt [4]), der Uebertragungsgrund endlich ein rechtlich gestatteter sein [5]). Einer besonderen Beschränkung ist die Tradition auf den Grund eines Kaufgeschäfts unterworfen [6]).

1) §. 5. I. *per quas pers. nob. acquir.* (II. 9.). L. 20. §. 2. D. *h. t.* (XLI. 1.) — „placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et *per hanc dominium*". L. 8. C. *de acq. poss.* (VII. 32.) „Per procuratorem utilitatis causa possessionem et, si proprietas ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit". — Auch der Tradent kann vertreten werden; L. 9. §. 4. D. *h. t.* §. 42. 43. I. *h. t.*

2) L. 79. D. *de solut.* (S. §. 104. Note 2.) Vgl. L. 18. §. 2. D. *de acq. poss.* (S. ebendas.) — Vgl. auch §. 104. zu Note 7. u. 12.

3) L. 9. §. 3. D. *h. t.* L. 31. pr. D. *eod.* „Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur".

4) Pr. und §. 2. I. *quib. alienare licet vel non* (II. 8.). — Vgl. auch Note 1. a. E.

5) L. 3. §. 10. D. *de donat. int. vir. et uxor.* (XXIV. 1.).

6) §. 41. I. *h. t.* — „venditae et traditae res non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit" —.

§. 109.

b. Eigenthumserwerb durch einseitige Apprehensionshandlung; α) s. g. Occupation.

Die Besitzergreifung einer herrenlosen Sache (res nullius), wenn sie mit dem animus domini verbunden ist, begründet ohne Weiteres Eigenthum [1]). Gegenstand der Occupation sind **1.** wilde Thiere, mögen sie auf eignem oder auf fremdem Grund und Boden eingefangen oder erlegt werden [2]); eingesperrte Thiere sind aber dem Occupationsrecht eben so wenig unterworfen [3]) als gezähmte [4]). **2.** Leblose Sachen, die sich entweder noch in Niemandes Eigenthum befunden haben, oder von ihrem Herrn derelinquirt sind [5]), bewegliche (s. g. inventio) wie unbewegliche [6]). **3.** Im Kriege auch die dem Feinde zugehörigen Sachen (s. g. occupatio bellica), wobei übrigens das jus postliminii Statt findet [7]). Auch **4.** Schätze, d. s. bewegliche Sachen, deren Eigenthümer durch die Länge der Zeit nicht mehr zu ermitteln ist, sind herrenlos [8]), doch hat der Herr des Orts, wo sie gefunden sind, einen Anspruch auf einen Theil, auch ist das Occupationsrecht hier noch anderen Beschränkungen unterworfen [9]).

1) L. 3. pr. D. *h. t.* (XLI. 1.) „Quod — nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur".

2) §. 12. I. *h. t.* — „Quicquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur — — — —. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, quum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio". — §. 13. *eod.* S. auch die folg. Note.

3) L. 3. §. 14. 15. D. *de acq. poss.* (XLI. 2.) — „feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri" —.

4) §. 15. 16. I. *h. t.* — „si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt et fiunt occupantium" —. L. 5. §. 5. 6. D. *h. t.*

5) §. 47. I. *h. t.* L. 1. D. *pro derel.* (XLI. 7.). — Ueber den s. g. jactus missilium vgl. §. 46. I. *h. t.* L. 9. §. 7. D. *h. t.* und L. 5. §. 1. D. *pro derelicto* (XLI. 7.).

6) §. 18. I. *h. t.* — L. 7. §. 3. D. *eod.*

7) §. 17. I. *h. t.* L. 51. §. 1. D. *eod.* — Vgl. L. 20. §. 1. D. *de captiv. et de postlim.* (XLIX. 15.).

8) L. 31. §. 1. D. *h. t.*

9) L. un. C. *de thesaur.* (X. 15.). Vgl. §. 39. I. *h. t.* und L. 3. §. 10. D. *de jure fisci* (XLIX. 14.).

§. 110.

β) S. g. Spezification.

Durch Umformung eines fremden Stoffs erwirbt man das Eigenthum der neuen Species alsdann, wenn man dabei den animus domini hat und die frühere Form und äußere Beschaffenheit der Sache sich nicht wieder herstellen läßt [1]; versteht sich mit Vorbehalt der Entschädigungsverbindlichkeit gegen den Verlierenden [2]. Wir nennen diese Erwerbsart Spezification [3]. Auch hier liegt dem Erwerb eine einseitige Apprehensionshandlung des Spezificanten zu Grunde, doch wird dieselbe erst durch die Umformung vollendet, wodurch sich denn diese Erwerbsart von der Occupation herrenloser Sachen sehr bestimmt unterscheidet [4].

1) L. 7. §. 1. D. *h. t.* §. 25. I. *h. t.* *Gaj.* II. §. 79.

2) Vgl. §. 26. I. *h. t.* L. 4. D. *de rei vind.* (VI. 1.). L. 9. §. 3. D. *ad exhib.* (X. 4.). L. 27. §. 14. in f. D. *ad Leg. Aquil.* (IX. 2.).

3) Nach §. 25. I. *h. t.* und L. 7. §. 7. D. *h. t.* „Si quis ex aliena materia *speciem aliquam* suo nomine *fecerit*" —.

4) Herrenlos war die spezifizirte Sache weder vorher, noch wird sie es durch Spezification.

§. 111.

2. Erwerb durch Accession und zwar a) Erwerb der Erzeugnisse (fructus).

Die Erzeugnisse der Sache gehören stets, also auch noch vor der Trennung, als Theil der Hauptsache dem Eigenthümer [1]), nachher beginnt für ihn ein Eigenthum an denselben als besonderen Sachen. Dies Recht ist auch Dem zugestanden, welcher, ohne Eigenthümer zu sein, den juristischen Besitz der Hauptsache hat, vorausgesetzt, daß er

als redlicher Besitzer zu betrachten ist [2]). Wer aber sonst das Nutzungsrecht der Sache, als dingliches oder persönliches Recht, ausübt, erwirbt das Eigenthum an den Früchten erst durch eine Perzeptionshandlung [3]).

1) L. 44. D. *de rei vind.* (VI. 1.). L. 15. pr. D. *de pignorib. et hypoth.* (XX. 1.).

2) L. 25. §. 1. in f. D. *de usur.* (XXII. 1.). S. die folg. Note.

3) L. 25. §. 1. D. *de usuris* — „Bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? Quum fructuarii quidem non fiant, antequam percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt". §. 36. I. *h. t.* — „eadem — et de colono dicuntur". — So gehört denn dieser, hier im Zusammenhange mit dem Accessionsrecht vorgetragene Erwerbsfall genau genommen in die Kategorie der Erwerbungen durch eine Besitzergreifungshandlung.

§. 112.

b) Erwerb der einer Hauptsache äußerlich hinzutretenden Dinge.

In Folge des Grundsatzes: die Hauptsache zieht die Nebensache nach sich, kann **1.** auch Landeigenthum erworben werden; nämlich a) Inseln, die sich in öffentlichen Flüssen bilden, fallen denen, welche Grundbesitzungen an den Ufern haben, nach verhältnißmäßigen Theilen zu [1]). Dasselbe ist b) der Fall in Ansehung eines verlassenen Flußbettes — alveus derelictus — [2]), ingleichen wird c) das durch Alluvion allmählig angespülte Erdreich sofort, das durch irgend ein Naturereigniß von einem Grundstück losgerissene und einem anderen zugeführte Land, nachdem es mit demselben verwachsen ist, dem Eigenthümer des Grundstücks erworben, zu welchem es hinzugekommen ist [3]). Uebrigens fanden diese sämmtlichen Accessionen nur an agri arcifinii Statt [4]). **2.** An beweglichen Sachen wird Eigenthum erworben: a) wenn sie mit einer unbeweglichen verbunden werden, geschehe es durch Pflanzen und Säen [5]), oder durch Bauen [6]); b) wenn sie einer beweglichen Sache, welche hier als die

Hauptsache erscheint, hinzutreten [7]). Uebrigens ist der Erwerb ein widerruflicher, wenn eine vollständige Trennung erfolgen kann [8]), sonst findet für den Verlierenden nur ein Entschädigungsanspruch Statt [9]). Wegen verbaueten fremden Baumaterials aber, so wie wegen verwendeter fremder Baum- und Weinpfähle soll nicht auf Trennung geklagt werden dürfen, ungeachtet diese möglich ist; statt dessen hat der Verlierende eine auf Ersatz des zwiefachen Werthes gehende actio de tigno juncto [10]).

1) §. 22. I. *h. t.* – „Insula — — in flumine nata —, si quidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quae latitudo prope ripam sit; quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident". — L. 29. D. *h t.* (XLI. 1.).

2) §. 23. 24. I. *h. t.*

3) §. 20. 21. I. *h. t.* — „est autem alluvio *incrementum latens* —. Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicini praedio attulerit, — — si longiore tempore fundo vicini haeserit arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitae esse".

4) L. 16. D. *h. t.* „In agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat". L. 1. §. 6. D. *de fluminib.* (XLIII. 12.) — — „insula — occupantis est, si limitati agri fuerunt" —.

5) § 31. I. *h. t.* „Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit — —, si modo — radices egerit —. Adeo autem, ex quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut, si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: rationem enim non permittere, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundo radices egisset; et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit". — §. 32. *eod.* „Qua ratione autem plantae — solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur".

6) §. 29. 30. I. *h. t.* — „quia omne, quod inaedificatur, solo cedit" —. Vgl. *Gaj.* §. 73.

7) L. 23. §. 2—5. D. *de rei vind.* (VI. 1.). L. 26. §. 1. D. *h. t.* §. 33. I. *h. t.* „Literae — licet aureae sint, — chartis membranisve cedunt" —. §. 34. *eod.* „Si quis in aliena tabula pinxerit — — — nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere: ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere". *Gaj.* II. §. 77. 78.

8) L. 23. §. 5. D. *de rei vind.* L. 6. L. 7. §. 2. D. *ad exhib.* (X. 4.).

9) §. 26. §. 33. I. *h. t.* L. 3. §. 14. D. *ad exhib.*

10) §. 29. I. *h. t.* — „tantisper neque vindicare eam (materiam) potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem XII

tabulam, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis injunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet — per actionem, quae vocatur de tigno juncto". L. 1. pr. und §. 1. D. *de tigno juncto* (XLVII. 3.).

§. 113.

3. Vermengung von Sachen, die mehreren Eigenthümern gehören. (S. g. *commixtio* und *confusio.*)

Die Vermengung von trocknen Sachen (s. g. commixtio) oder flüssigen (s. g. confusio), welche mehreren Eigenthümern zugehören, bewirkt Eigenthumserwerb bald nach den Grundsätzen der Tradition, bald liegt hierbei der Gesichtspunkt eines Erwerbes durch Spezification zu Grunde, bald der einer Accession, außer daß man nicht von dem Erwerb einer Nebensache durch eine Hauptsache sprechen darf, sondern nur von einer gegenseitigen Anziehungskraft der verschiedenen Stoffe. Eine Apprehensionshandlung auf den Grund einer Tradition liegt darin, wenn in Folge einer Vereinbarung Miteigenthum für Beide oder alleiniges Eigenthum für einen der verschiedenen Eigenthümer durch die Vermengung entsteht [1]); eine Spezification, wenn flüssige Dinge durch die Handlung des Einen mit einander vermengt werden und eine vollständige Trennung der verschiedenen Substanzen nicht erfolgen kann [2]). Als Erwerb durch Accession (in dem vorhin bestimmten Sinn) läßt es sich betrachten, wenn flüssige Dinge durch Zufall untrennbar vermengt werden [3]). Eine Vermengung trockner Sachen ohne eine darauf gerichtete Verabredung soll in der Regel das Eigenthumsverhältniß nicht ändern [4]), obgleich es in vielen Fällen nicht möglich ist, daß Jeder genau die ihm zugehörigen individuellen Substanzen wieder erhalte [5]).

1) §. 27. I. *h. t.* L. 5. pr. in f. D. *de rei vind.* (VI. 1.). L. 7. §. 8. D. *h. t.* (XLI. 1.).

2) L. 5. §. 1. D. *de rei vind.* — Sind es Sachen derselben Art und Beschaffenheit, so entsteht Miteigenthum; L. 3. §. 2. L. 1. D. *de rei vind.*

3) §. 27. in f. I. *h. t.* L. 7. §. 9. D. *h. t.*

4) §. 28. I. *h. t.* — Vgl. übrigens L. 78. D. *de solut.* (XLVI. 3.).
5) Wie hier die Auseinandersetzung zu bewerkstelligen sei? darüber siehe §. 28. in f. I. *h. t.* und L. 5. pr. D. *h. t.*

§. 114.

4. Ersitzung. a) Begriff und Arten derselben.

Tit. Inst. de usucapionibus et longi temporis possessionibus (praescriptionibus) II. 6.

Ersitzung ist: Erwerbung des Eigenthums durch einen unter bestimmten Erfordernissen entstandenen und die gesetzliche Zeit hindurch ausgeübten Eigenthumsbesitz [1]). Die älteste Ersitzung (usucapio, usus auctoritas) beschränkte sich auf Gegenstände des quiritarischen Eigenthums (§. 106) und gewährte das Römische Eigenthum [2]) durch einen ununterbrochenen Besitz von zwei Jahren an einem fundus, von einem Jahr an anderen Sachen [3]). Hierzu kam in der Folge der prätorische Schutz eines langjährigen Besitzes mittelst der longi temporis praescriptio [4]), woraus indessen allmählig ein auch durch Klage zu schützendes Recht wurde, welches freilich nur bonitarisches Recht sein konnte [5]). Anfangs bezog sich dieser Rechtsschutz nur auf solche Gegenstände, welche aus civilrechtlichen Gründen (nicht aber wegen eines gesetzlichen Verbots) kein Gegenstand der usucapio sein konnten, wie praedia provincialia [6]); wegen damit verknüpfter eigenthümlicher Vortheile [7]) aber wandte man sie auch auf Sachen an, welche der Usucapion unterworfen waren [8]). Die zuerst unbestimmte Zeitdauer wurde auf **10** und **20** Jahre festgesetzt, je nachdem diese Verjährung inter praesentes oder inter absentes eintrat [9]); auch gab es noch andere Verschiedenheiten zwischen den Erfordernissen der Usucapion und der longi temporis praescriptio [10]). Die im Röm. Reich besonders unter den späteren Kaisern eingetretenen Veränderungen mußten ein so verschiedenes Recht der Ersitzung als völlig unangemessen erscheinen lassen, vollends aber paßte es nicht mehr zu dem veränderten Eigenthumsrecht unter Justinian (§. **106. 107**), welcher denn auch beide Institute zu einem Ganzen verschmolz und die regelmäßige Ersitzungszeit für bewegliche Sachen auf **3** Jahre, für un-

bewegliche auf **10** oder **20** Jahre festsetzte [11]). Inzwischen war aber noch eine außerordentliche Präscription für solche Fälle aufgekommen, in welchen Kraft eines gesetzlichen Verbots oder eines Privilegiums überall keine Ersitzung Statt finden sollte; seitdem nämlich alle Klagen durch Verjährung ausgeschlossen werden konnten (§. **42.** Nr. **5**), wurde auch in jenen Fällen eine Einrede gegen Vindicationen zugelassen, wenn der Besitz wenigstens **30** oder (in gewissen Verhältnissen) **40** Jahre gedauert hatte [12]); auch dies verwandelte Justinian in ein Ersitzungsrecht, falls nur der Besitz mit bona fides angefangen hatte [13]). Hiernach unterscheidet man jetzt die ordentliche Ersitzung (usucapio, longi temporis praescriptio, longa possessione capio), welche binnen **3**, **10** oder **20** Jahren vollendet wird, von der außerordentlichen (praescriptio longissimi temporis), wozu ein Zeitablauf von **30** oder **40** Jahren erfordert wird.

1) *Ulp.* Fr. Tit. XIX. 8. L. 3. D. *de usurpationibus et usucapionibus* (XLI. 3.). Vgl. oben §. 36. zu Note 4. — Von der Anwendung dieses Besitzes auf die juris possessio (s. §. 123) wird unten bei den Servituten die Rede sein.

2) Also nur Röm. Bürger (oder diejenigen, welche das commercium hatten) waren der Usucapion fähig; *Cic.* de offic. I. 12. — „duodecim tabulae —: *adversus hostem aeterna auctoritas*".

3) *Gaj.* II. §. 54. — „Lex XII tabb. *soli* quidem *res* biennio usucapi jussit, *caeteras* vero anno". — Vgl *Gaj.* II. §. 42. „Mobilium rerum anno completur, fundi vero et *aedium* biennio; *et ita lege XII tabb. cautum est*". *Cic.* Top. c. 4. „At in lege *aedes* non appellantur, et *sunt caeterarum omnium*, quarum annuus est usus". *Id.* or. pro Caec. 19. — „Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium; *at utimur eodem jure in aedibus*" —. Uebrigens kam die usucapio in früherer Zeit auch noch zur Anwendung a) bei der Ehe, zur Begründung der manus (§. 73. Note 2); b) als Erwerbungsgrund von Erbschaftssachen in Folge willkührlicher Occupation, — pro herede usucapio im Sinne des ältesten Rechts, auch lucrativa usucapio genannt und von Gajus als improba possessio et usuc. bezeichnet (s. über dieselbe *Gaj.* II. §. 52 bis 58.); c) als usureceptio zur Wiedererlangung des Eigenthums, das man contracta fiducia übertragen hatte. Unter Umständen konnte auch diese Usucapion eine lucrative sein. S. überh. *Gaj.* II. §. 59—61. — Von einer auf Befreiung von Servituten sich beziehenden usureceptio s. *Pauli* rec. sent. I. T. 17. §. 2.

4) Vgl. §. 36. Note 3. und 5.

5) L. 8. pr. C. *de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.* (VII. 39.).

6) *Gaj.* II. §. 46.

7) L. 5. §. 1. D. *de divers. temporalib. praescr.* (XLIV. 3.).

8) L. 9. D. *de divers. temporal. praescr.*

9) *Pauli* rec. sent. Lib. V. Tit. 2. §. 3. L. 11. 12. C. *de praescr. longi temp. decem vel viginti annor.* (VII. 33.). — Vgl. L. 76. §. 1. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.). — Gegen Städte wurde hier durchgängig das Recht der praescr. inter absentes angenommen; *Pauli* rec. sent. I. l. §. 4.

10) S. z. B. §. 12. I. *h. t.*

11) L. un. C. *de usucapione transform.* (VII. 31.). Pr. I. *h. t.*

12) L. 3. 4. C. *de praescr. 30 vel 40 annor.* Vgl. unten §. 117.

13) L. 8. §. 1. C. *de praescr. 30 vel 40 annor.*

§. 115.

b) Erfordernisse der ordentlichen wie der außerordentlichen Ersitzung.

Die Erfordernisse jeder Ersitzung sind **1.** eine ersitzungsfähige Sache. Ausgeschlossen von aller Verjährung sind daher alle dem Privatverkehr entzogenen Sachen [1]), ferner Begriffsganze, da an ihnen kein juristischer Besitz möglich ist [2]); ferner sind gewisse Sachen (die der Pupillen, Dotalsachen, und dem Verwaltungsrecht des Vaters unterworfene Sachen der Hauskinder) während der Dauer eines gewissen Verhältnisses der Verjährung entzogen [3]). **2.** Der Eigenthumsbesitz muß mit bona fides anfangen [4]), auch **3.** während der Dauer der Verjährungszeit ununterbrochen bestanden haben [5]). Eine Unterbrechung des Besitzes (usurpatio) erfolgt durch wirkliche Aufhebung desselben [6]), was die Neueren eine usurpatio naturalis nennen [7]); Litiscontestation (§. **46**) hatte die Wirkung der Unterbrechung nur in Beziehung auf longi temporis praescriptio [8]), (s. g. civilis usurpatio), doch war auch bei der Usucapion die Vollendung der Ersitzung während des Prozesses practisch ohne Effect [9]). Veränderung des Eigenthumsbesitzes hat übrigens keine Unterbrechung der Verjährung zur Folge, indem es eine accessio possessionis giebt, d. h. der Besitz des Vorgängers und Nachfolgers zusammengerechnet wird [10]).

1) *Gaj.* II. §. 48. §. 1. I. *h. t.* L. 45. pr. D. *h. t.* (XLI. 3.). Vgl. L. 9. *eod.*

2) L. 30. §. 2. D. *h. t.*

3) L. 3. L. 7. pr. C. *de pr. 30 vel 40 annor.* (VII. 39.). L. 30. C. *de jure dot.* (V. 12.). L. 1. in f. C. *de bon. mat.* (VI. 60.).

4) L. 109. D. *de verb. sign.* *Gaj.* II. §. 43. Pr. I. *h. t.* L. 15. §. 3. D. *h. t.* L. 31. pr. *eod.*

5) Bei der Zeitberechnung tritt übrigens s. g. Civilcomputation ein. L. 15. 16. D. *h. t.* „In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus; ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem". L. 15. D. *de divers. temporal. praescr.* (XLIV. 3.).

6) L. 2. D. *h. t.* „Usurpatio est usucapionis interruptio" —. Vgl. Note 9.

7) Wegen L. 5. D. *h. t.* „Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur" —.

8) Vgl. L. 2. C. *ubi in rem act. exerc. deb.* (III. 19.). L. 26. C. *de rei vind.* (III. 32.). L. 2. und L. 10 C. *de praescr. 30 vel 40 annor.* (VII. 39.).

9) L. 2. §. 21. D. *pro emtore* (XLI. 4.). L. 18. D. *de rei vind.* (VI. 1.).

10) L. 14 — 16. D. *de divers. temporalib. praescr.* (XLIV. 3.). L. un. *vers.* Hoc tantummodo observando C. *de usuc. transform.* (VII. 31.). — §. 12. I. *h. t.*

§. 116.

c) Insbesondere α) von der ordentlichen Ersitzung.

I. Manche an sich ersitzungsfähige Sachen sind der ordentlichen Ersitzung entzogen. Die bereits im XII Tafelgesetze bestimmten Usucapionshindernisse schlossen nothwendig alle Verjährung aus, und auch auf die longi temporis praescriptio übertrug man dieselben. Seitdem aber eine s. g. longissimi temporis pr. aufgekommen ist, erhält der Begriff einer ersitzungsfähigen Sache für die ordentliche Verjährung eine besondere Bedeutung. Von den in jenem Gesetze enthaltenen Bestimmungen ist, mit Uebergehung solcher, die für das neueste Recht keine Bedeutung mehr haben[1]), a) das Verbot der Usucapion gestohlner Sachen[2]) zu erwähnen, welches eine Lex Atinia mit einem wichtigen Zusatze wiederholte[3]). Durch spätere Gesetze wurde dies Verbot auch auf die mit Gewalt in Besitz genommenen, oder durch Bestechung erworbenen Sachen ausgedehnt[4]), von Justinian aber auf

alle von einem unredlichen Besitzer (malae fidei possessor) veräußerten Sachen [5]). Ferner b) das Verbot der Gränzraine von 5 Fuß [6]), wegen einer damit in Verbindung gesetzten viel späteren, die Verjährung der Gränzen betreffenden gesetzlichen Bestimmung [7]). Die meisten der übrigen hieher gehörigen Beschränkungen bezwecken: Sicherstellung des öffentlichen Eigenthums [8]), des kirchlichen Eigenthums [9]), der Sachen Minderjähriger [10]) und Anderer, die ihrer persönlichen Verhältnisse wegen eines besonderen rechtlichen Schutzes zu bedürfen scheinen [11]). **2.** Außerdem erfordert diese Ersitzungart, daß der Besitz auf einer justa causa beruhe, oder auf einem bestimmten Titel (justus titulus), d. h. auf einem Grunde, welcher an sich, oder, abgesehen von dem Hinderniß, das dem sofortigen Erwerbe entgegensteht, Eigenthum zu bewirken geeignet ist [12]). **3.** Die Zeitdauer ist hier auf **3** Jahre für bewegliche, auf **10** oder **20** Jahre für unbewegliche bestimmt [13]).

1) S. *Cic.* de legib II. 24. — „forum, i. e. vestibulum sepulcri, bustumve usucapi vetat". — *Gaj.* II. §. 47.

2) *Gaj.* II. §. 45. §. 3. I. *h. t.*

3) L. 4. §. 6. D. *h. t.* — „dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, *nisi in potestatem ejus, cui surrepta est, revertatur*" —.

4) *Gaj.* II. §. 45. §. 2. I. *h. t.* L. 8. D. *de lege Jul. repetundarum* (XLVIII. 11.).

5) Nov. 119. c. 7.

6) *Cic.* de legib. I. 21. — „controversia nata est de finibus: in qua usucapionem XII tabulae intra quinque pedes esse noluerunt" —.

7) L. 5. u. 6. C. *fin. regundor.* (III. 39.).

8) §. 9. I. *h. t.* — Gleichgestellt ist das kaiserliche Eigenthum; Tit. Cod. *ne rei dominicae* u. s. w. (VII. 38.). — Ueber Sachen der Städte §. 114. Note 9. a. E. und unten §. 117. Note 7.

9) Nov. 111. Nov. 136. c. 6.

10) Vgl. L. 48. pr. in f. D. *de acquir. rer. domin.* (XLI. 1.) und L. ult. C. *in quib. caus. in int. rest. nec. non est* (II. 41.).

11) L. 16. D. *de fundo dotali* (XXIII. 5.). Nov. 22. c. 24. in f. (Vgl. oben §. 115. Note 3.).

12) Pr. I. *h. t.* — L. 24. C. *de rei vind.* (III. 32.). — Einzelne Titel: *pro emtore* (Dig. XLI. 4.), *pro herede* (Dig. XLI. 5.), *pro donato* (Dig. XLI. 6.), *pro derelicto* (Dig. XLI. 7.), *pro legato* (Dig. XLI. 8.), *pro dote* (Dig. XLI. 9.), *pro transactione*

(L. 8. C. *de usucap. pro emtore vel pro transactione* VII. 26.), *pro soluto* (L. 46. D. *h. t.* XLI. 3.), *pro suo* (Dig. XLI. 10.).

13) L. un. C. *de usuc. transform.* Nov. 119. c. 7. 8. — Vgl. §. 114.

§. 117.

β) Von der außerordentlichen Ersitzung (*pr. longissimi temporis*).

Die außerordentliche Verjährung erfordert zu ihrer Vollendung einen Zeitablauf von **30** oder **40** Jahren [1]); sie ersetzt den Mangel des justus titulus [2]) und findet bei allen überhaupt ersitzungsfähigen Sachen Statt [3]). In der Regel wird sie binnen **30** Jahren vollendet. Nur ausnahmsweise ist der Zeitraum von **40** Jahren erforderlich; so namentlich [4]) für unbewegliche Sachen der Kirchen und milden Stiftungen [5]), denen, eben so wie den Städten, vorübergehend sogar ein hundertjähriges Verjährungsprivilegium zugestanden wurde [6]).

1) Tit. Cod. *de praescriptione triginta vel quadraginta annorum* (VII. 39.).

2) L. 8. §. 1. C. *h. t.* L. 14. C. *de fund. patrimonial.* (XI. 61.).

3) Also auch in den Fällen, welche der ordentlichen Ersitzung entgegen sind, §. 116. Nr. 1. S. z. B. Nov. 119. c. 7. a. E. und die folgenden Noten.

4) S. L. ult. C. *de fund. patrim.*

5) Nov. 111. Nov. 131. c. 6.

6) Vgl. L. 23. C. *de sacros. eccl.* I. 2. und Nov. 9. mit den in der vor. Note angef. Stellen.

§. 118.

III. Aufhören des Eigenthums.

Die besonderen Gründe, aus welchen Eigenthum aufhört, ergeben sich meistens von selbst aus den Entstehungsgründen desselben. Im Allgemeinen lassen sie sich auf zwei Klassen zurückführen, die unfreiwilligen und die freiwilligen; die letzteren stehen sämmtlich unter dem Begriff der alienatio [1]), welche nicht immer einem Eigenthümer zusteht [2]), bis-

weilen aber vom Nichteigenthümer giltigerweise erfolgt[3]), in manchen Fällen auch, wo sie an sich ungiltig ist, mittelst exceptio (oder replica) rei venditae et traditae aufrecht erhalten wird[4]). Eine Veränderung der Person des Eigenthümers hebt übrigens (wenn sie nicht durch Universalsuccession erfolgt) persönliche Detentions- und Gebrauchsrechte an der Sache auf[5]), nicht aber auch dingliche[6]), außer in gewissen Fällen, wenn das Eigenthum ein widerrufliches war[7]).

1) Auch das wissentliche Dulden der Usucapion wird als Veräußerung betrachtet; L. 28. pr. D. *de verb. sign.*, und wer nicht veräußern darf, ist eben so wenig berechtigt, die Sache dinglich zu belasten: L. ult C. *de reb. alienis non alienandis* (IV. 51.).

2) Pr. und §. 2. I. *quibus alienare licet vel non* (II. 8.).

3) §. 1. I. *quib. alienare lic. vel non.* §. 11. I. *de usucap.*

4) S. z. B. L. 1. pr. und §. 1. L. 2. D. *de exc. rei vend. et trad.* (XXI. 3.).

5) L. 32. D. *locati, conducti* (XIX. 2.). L. 9. C. *eod.* (IV. 65.).

6) Denn: res transit cum suo onere; s. z. B. L. 3. in f. C. *de servit. et aqua* (III. 34.). L. un. C. *rem alienam gerentibus* u. s. w. (IV. 53.). Vgl. §. 99. Note 14.

7) Z. B. L. 11. §. 1. D. *quemadm. servit. amitt.* (VIII. 6.). L. 4. §. 3. D. *de in diem add.* (XVIII. 2.). L. 3. D. *quib. mod. pign. solv.* (XX. 6.).

§. 119.

IV. Klagerechte des Eigenthümers und *bonae fidei possessor.*

Außer den possessorischen Interdicten[1]) steht dem Eigenthümer zur Verfolgung des Eigenthumsrechts selbst die rei vindicatio[2]) zu, wodurch er die Sache cum omni causa von jedem Besitzer fordert[3]). Auch der Nichtbesitzer kann mit der R. V. in Anspruch genommen werden, si dolo desiit possidere[4]) und si liti se obtulit[5]); jedoch wird ein solcher s. g. fictus possessor natürlich nur zur Leistung des vollen Werthes (der litis aestimatio) verurtheilt[6]). Sehr zu berücksichtigen ist es, ob der Verklagte bonae fidei oder malae fidei possessor ist, besonders in Ansehung der Frage: wer die Gefahr des Zufalls zu tragen habe[7])? ferner in Ansehung der zu restituirenden Früchte[8]), so wie der vom Vin-

dicanten dem Besitzer zu ersetzenden impensae in rem factae[9]). Nach der Litiscontestation treten manche Folgen der malae fidei possessio auch für den bonae fidei possessor ein[10]). Zum Schutze der Freiheit seines Eigenthums steht dem Eigenthümer auch die negatoria actio zu Gebote[11]). Eine der rei vindicatio nachgebildete Klage ist die Publiciana in rem actio, zum Schutz des Verjährungsbesitzes (der bonae fidei possessio) eingeführt[12]). Sie beruht insofern auf der Fiction, eine begonnene Usucapion sei vollendet[13]), als man mittelst ihrer die Sache jedem Besitzer abfordern kann, der nicht eben soviel Recht zu besitzen hat, wie der Kläger[14]).

1) L. 12. §. 1. D. *de acquir. vel amitt. poss.* (XLI. 2.).

2) Ueber den Grund des Namens s. oben §. 42. Nr. 1. zu Note 6. Die frühere Form (mittelst legis actio sacramento und vindiciae) beschreibt Gajus IV. §. 16. 17. In der Folge kam das agere per sponsionem und die noch einfachere Form per formulam petitoriam zu vindiziren auf; *Gaj.* IV. §. 91 — 95.

3) L. 23. pr. D. *de rei vind.* (VI. 1.). L. 17. §. 1. L. 20. D. *eod.* §. 2. I. *de offic. jud.* (IV. 17.).

4) L. 27. §. 3. D. *h. t.* (VI. 1.). — Vgl. Tit. D. *de alienat. jud. mut. causa fact.* (IV. 7.).

5) L. 27. pr. D. *h. t.*

6) Vgl. L. 7. D. *h. t.* L. 13. §. 14. D. *de her. pet.* (V. 3.). L. 95. §. 9. D. *de solut.* (XLVI. 3.).

7) arg. L. 40. pr. in f. D. *de her. pet.*

8) §. 2. I. *de offic. jud.* L. 22. C. *h. t.* (III. 32.). L. 62. §. 1. D. *h. t.*

9) L. 5. C. *h. t.* §. 30. in f. I. *h. t.* (II. 1.). — Vgl. L. 38. D. *h. t.* und L. 9. D. *de impens. in res dotal. fact.* (XXV. 1.).

10) Vgl. L. 25. §. 7. D. *de her. pet.* L. 45. D. *h. t.*

11) L. 2. pr. L. 17. pr. D. *si servit. vind.* (VIII. 5.). — Vgl. §. 2. I. *de actionib.*

12) L. 1 — 6. L. 7. pr. D. *de Publiciana in rem. act.* (VI. 2.).

13) Vgl. die Citate der vor. Note u. §. 4. 5. I. *de actionib.*

14) L. 9. §. 4. D. *h. t.* (VI. 2.).

Drittes Capitel.

Die *jura in re.*

§. 120.

I. Von den Servituten. 1. Allgemeine Grundsätze.

Die ältesten jura in re (s. §. **100.** Nr. **2.**) sind die Servituten, eigentlich: die Dienstbarkeit einer Sache [1]; doch wird der Ausdruck servitus sehr gewöhnlich auf das Recht der Servitut bezogen, und hierauf beruht die Eintheilung der servitutes in praediorum und personarum, je nachdem das Recht mit einem Grundstück verbunden ist, oder einer Person zusteht [2]. Bei den ersten stehen also zwei Grundstücke als berechtigtes und verpflichtetes Subject einander gegenüber, ein praedium cui servitus debetur (s. g. praedium dominans) dem praedium serviens oder servum [3], und nach der verschiedenen Beschaffenheit dieser praedia sind die Prädialservituten entweder praediorum rusticorum oder urbanorum servitutes [4]. Servituten sind Verminderungen des Eigenthumsrechts, die für das berechtigte Individuum sich als besondere Rechte gestalten; daher der Grundsatz: servitus in faciendo consistere non potest [5], d. h. durch die Servitut kann eine Verpflichtung zum Handeln nicht begründet werden, — die Sache dient, nicht die Person [6]. Der Inhalt des Servitutenrechts besteht daher entweder in der Befugniß, Eigenthumsrechte an der fremden Sache auszuüben (s. g. affirmative Servituten), oder in einem Verbietungsrecht gegen den Eigenthümer (s. g. negative Servituten). Diese Rechte sind auch mit dem berechtigten Subject unzertrennlich verbunden, weshalb denn eine Prädialservitut nicht ohne das Grundstück, dem sie anklebt, auf Andere übertragen werden darf [7], eine Personalservitut aber überhaupt nicht veräußerlich ist [8]. Für Prädialservituten entstehen noch besondere Beschränkungen dadurch, daß eine Sache dient, und einer Sache das Recht anklebt; es folgt daraus a) daß beide praedia, vicina sein müs-

sen [9]), so wie b) daß das Servitutenrecht dem praedium als solchem Nutzen gewähren muß, nicht blos diesem oder jenem Besitzer desselben [10]). Auch der Grundsatz von Untheilbarkeit der Servituten gilt größtentheils nur für die Prädialservituten [11]).

1) L. 33. D. *de servit. praed. rust.* (VIII. 3.) „recte esse *servitutem impositam* — — — —; nullum praedium ipsum sibi servire". Vgl. auch Note 3.

2) L. 1. D. *de servitutibus* (VIII. 1.) „Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum".

3) L. 23. §. 2. D. *de servit. praed. rust.* L. 8. §. 1. D. *de act. emti vend.* (XIX. 1.). L. 20. §. 1. D. *de acquir. rer. domin.* (XLI. 1.).

4) L. 1. §. 1. D. *communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum* (VIII. 4.) „Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt; nemo enim potest servitutem acquirere, vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium". Vgl. §. 3. I. *de servit.* (II. 3.) (S. auch oben §. 98. Note 4—6.) L. 3. D. *de servit.* „Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt".

5) L. 15. §. 1. D. *de servit.* „Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, — sed ut aliquid patiatur, aut non faciat".

6) L. 6. §. 2. D. *si servit. vindic.* (VIII. 5.) — — „servitutem non hominem debere, sed rem" —. L. 34. pr. D. *de servit. praed. rust.* — — „quoniam non personae, sed praedio deberent" —.

7) L. 44. D. *loc. cond.* (XIX. 2.) „Locare servitutem nemo potest".

8) *Gaj.* II. §. 30. — „Ipse usufructuarius — — usumfructum — — alii — in jure cedendo nihilominus jus suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi". §. 3. I. *de usufr.* (II. 4.). Vgl. L. 66. D. *de jure dotium* (XXIII. 3.). L. 12. §. 2. D. *de usufr.* (VII. 1.).

9) L. 5. §. 1. L. 7. §. 1. D. *de servit. praed. rust.* L. 38. 39. D. *de servit. pr. urban.* (VIII. 2.). L. 5. L. 6. pr. D. *si servit. vindic.* (VIII. 5.).

10) L. 1. pr. D. *de servit.* „Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest". — L. 6. pr. D. *de serv. pr. rust.* — Hiermit hängt auch der Grundsatz zusammen: servitutem constitui non posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit". L. 5. in f. D. *de servit. praed. rust.*

11) L. 17. D. *de servit.* u. fragm. Pomponii (s. oben §. 99. Note 8.) L. 11. D. *de serv.* „Pro parte dominii servitutem acquiri non posse, vulgo traditur". L. 8. §. 1. D. *servit. quemadm. amitt.* (VIII. 6.) „Is, qui per partem itineris it, totum jus usurpare videtur". L. 18. D. *de servit. praed. rust.* — L. 22. §. 3. *eod.*

§. 121.

2. Einzelne Arten der Servituten. a) Prädialservituten.

Tit. Inst. de servitutibus (II. 3.).

I. Feldservituten praediorum rusticorum servitutes. Als die ältesten und wichtigsten sind hier zu nennen: iter, actus, via, aquaeductus [1]). Die drei ersten heißen auch die Wegegerechtigkeiten und unterscheiden sich von einander durch den geringeren oder größeren Umfang der Berechtigung. Das wesentliche Recht beim iter ist ein Fußweg [2]), beim actus der Viehtrieb, womit aber regelmäßig auch die Befugniß, den Weg zum Fahren zu benutzen, soweit die Oertlichkeit dies gestattet, verknüpft ist [3]), — die via (in der hieher gehörigen Bedeutung) enthält die vollständige Fahrgerechtigkeit [4]). Der aquaeductus geht auf das Recht, fremde Quellen mittelst eines Canals zu benutzen, oder auch den Wassercanal durch ein fremdes Grundstück zu leiten [5]); verschieden davon ist das Recht zu einem Wasserabzugscanal —, jus aquam educendi [6]). Andere Feldservituten sind: die Wasserschöpfungsgerechtigkeit, das Recht der Viehtränke (pecoris ad aquam appulsus), die Weidegerechtigkeit u. s. w. [7]). II. Von Gebäudeservituten (praediorum urbanorum servitutes) sind auszuzeichnen: die servitus oneris ferendi [8]), s. tigni immittendi (das Trammrecht) [9]), s. projiciendi und protegendi [10]), s. luminum (das Fensterrecht) und die damit in Verbindung stehende s. ne luminibus officiatur [11]), s. prospectus et ne prospectui officiatur [12]), s. stillicidii vel fluminis recipiendi (oder jus immittendi, avertendi) und non recipiendi oder avertendi [13]), s. altius tollendi und non tollendi [14]).

1) Pr. I. *h. t.*

2) L. 7. pr. D. *h. t.* (VIII. 3.) „Qui sella aut lectiva vehitur, ire — dicitur" —. L. 12. *eod.* — „iter est —, qua quis pedes vel eques commeare potest" —.

3) L. 1. pr. D. *h. t.* „Actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum" —. L. 7. pr. *eod.* „Qui actum habet, et plaustrum ducere et jumenta agere potest" —. L. 12. *eod.* — Vgl. L. 13. D. *de servit.* (VIII. 1.).

4) L. 1. pr. L. 7. pr. L. 23. pr. D. *h. t.* — L. 8. *eod.* „Viae latitudo ex lege duodecim tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est ubi flexum est, sedecim".

5) Vgl. L. 1. pr. in f. L. 9. L. 15. D. *h. t.* L. 4. D. *de aqua quot. et aestiva* (XLIII. 20.).

6) L. 29. D. *h. t.*

7) §. 2. I. *h. t.*

8) §. 1. I. *h. t.* — „ut vicinus onera vicini sustineat" —. L. 6. §. 2. D. *si servit. vindic.* (VIII. 5.).

9) §. 1. I. *h. t.* — „ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere". — L. 33. D. *de serv. praedior. urbanorum* (VIII. 2.). S. auch die folg. Note.

10) L. 2. in f. D. *h. t.* (VIII. 2.). — Vgl. L. 242. §. 1. D. *de verb. sign.* „Inter projectum et immissum hoc interesse ait Labeo, quod projectum esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, — — immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur".

11) L. 4. D. *h. t.*

12) L. 3. 15. 16. D. *h. t.* Vgl. L. 12. §. 2. 3. C. *de aedific. privat.* (VIII. 10.).

13) §. 1. I. *h. t.* L. 2. L. 17. §. 3. D. *h. t.* (VIII. 2.). — Vgl. *Theophil.* paraphr. ad §. 1. I. *h. t.*

14) §. 1. I. *h. t.* L. 2. L. 11. §. 1. L. 12. L. 21. D. *h. t.* (VIII. 2.). Vgl. L. 12. §. 1. u. 4. C. *de aedific. privat.* (VIII. 10.) und oben §. 106. Note 8.

§. 122.

b) Personalservituten.

Tit. Inst. de usufructu (II. 4.) und de usu et habitatione (II. 5.).

I. Die wichtigste Art der Personalservituten ist der Usufructus, d. i. nach der ursprünglichen und eigentlichen Bedeutung: das Recht, ein fremdes Eigenthumsobject vollständig zu nutzen und zu gebrauchen, jedoch unbeschadet seiner Substanz [1]). Der Usufructuar hat also ein Recht auf jeden ordnungsmäßigen Gebrauch, den die Sache zuläßt [2]), sowie auf alle Erzeugnisse derselben [3]); auch ist er nicht auf Selbstnutzung beschränkt [4]). Des ordnungsmäßigen Gebrauchs und der künftigen Restitution halber muß er aber eine Caution bestellen [5]). Durch ein Senatusconsult aus der früheren Kaiserzeit wurde auch die Bestellung eines Nießbrauchs an s. g. fungiblen Sachen möglich, so daß also der

Usufructuar Eigenthümer der hingegebenen Objecte und zur Restitution in eodem genere verpflichtet wird [6]); das dadurch begründete Rechtsverhältniß heißt Quasiusufructus [7]). Auch auf Forderungsrechte wandte man das Recht des Usufructs analogisch an [8]), weshalb denn selbst ein ganzes Vermögen oder eine Quote desselben Object des Nießbrauchs sein kann [9]), natürlich aber nicht Alles, was sich darin befindet, Gegenstand eines dinglichen Rechts. **II.** Ist der Gebrauch einer Sache ohne die Fruchtnutzung überlassen, so heißt dies Recht usus [10]); auch darin ist es beschränkter, wie der Usufruct, daß der Usuar selbst nutzen muß [11]). Doch finden sich manche Erweiterungen des Rechts über seinen regelmäßigen Begriff hinaus anerkannt, wovon der Grund bald in der wahrscheinlichen Absicht des Constituenten zu suchen ist [12]), bald in der Beschaffenheit des Rechtsobjects selbst [13]). **III.** Als ein von beiden bisher genannten Rechten noch verschiedenes, zum Theil ganz eigenthümliche Wirkungen erzeugendes, wird die habitatio — das Wohnungsrecht — behandelt [14]).

1) Pr. I. *h. t.* (II. 4.).

2) Der ordnungsmäßige Gebrauch bringt es auch mit sich, daß er die Sache in gutem Stande erhält, — sie nicht verfallen läßt; L. 7. §. 2. 3. D. *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* (VII. 1.). Vgl. L. 13. §. 4 — 8. *eod.* — L. 15. §. 4 — 5. *eod.* (S. Note 6.)

3) L. 9. D. *h. t.* (VII. 1.). L. 68. *eod.* — Vgl. L. 28. §. 1. D. *de usuris* (XXII. 2.) „Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominium proprietatis pertinet; absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit".

4) L. 9. in f. L. 12. §. 2. L. 38. 39. D. *h. t.* — Vgl. §. 120. Note 8.

5) L. 1. §. 3. u. 6. D. *usufructuarius quemadm. caveat* (VII. 9.).

6) L. 1. L. 8. D. *de usu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur* (VII. 5.). — §. 2. I. *h. t.* (II. 4.). Vgl. L. 15. §. 4. 5. D. *h. t.* (VII. 1.).

7) L. 2. §. 1. *eod.* „Quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset, nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit; sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi".

8) L. 3. D. *de usu earum rerum* u. s. w. §. 1. 4. I. *h. t.* (II. 5.).

9) L. 29. L. 43. D. *h. t.* (VII. 1.).

10) L. 1. §. 1. L. 2. pr. D. *de usu et habit.* (VII. 8.).

11) L. 21. D. *h. t.* (VII. 8.). Vgl. L. 4. pr. L. 8. pr. *eod.* §. 1. 2. 3. I. *h. t.* (II. 5.).

12) S. z. B. L. 2. §. 1. L. 12. D. *h. t.* (VII. 8.).

13) L. 10. §. 1. D. *usufr. quemad. caveat.* L. 22. pr. D. *h. t.* (VII. 8.).

14) §. 5. I. *h. t.* (II. 5.). L. 11. u. 13 C. *de usufr. et habitatione et ministerio servorum* (III. 33.). L. 10. pr. D. *h. t.* (VII. 8.). — S. auch den Tit. der Digesten *de operis servorum* (VII 7.).

§. 123.

3. Begründung der Servituten.

Eine Servitut kann begründet werden durch Gesetz[1]), durch Bestellung mittelst Testaments[2]), Vertrags, Adjudication[3]) und durch Ersitzung[4]). Die letztere erfordert eine mit bona fide anfangende und zehn oder zwanzig Jahre hindurch nicht vi, clam oder precario ununterbrochen ausgeübte juris oder quasi possessio[5]), wobei übrigens auch eine accessio possessionis gilt[6]). Nur zum Erwerb der Servitut durch Verjährung und um die possessorischen Rechtsmittel in Anspruch nehmen zu dürfen, ist eine Uebung des Rechts erforderlich[7]); die Entstehung des Servitutenrechts selbst ist mithin an sich unabhängig von einer Quasitraditions- oder Apprehensionshandlung[8]).

1) S. z. B. L. 1. u 3. C. *de bon. matern.* (VI. 60.).

2) Tit. Dig. *de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis* (XXXIII. 2.), und *de servitute legata* (XXXIII. 3.).

3) L. 22. §. 3. D. *fam. erc.* (X. 2.). L. 6. §. 10. L. 7. §. 1. D. *comm. div.* (X. 3.).

4) Durch eigentliche Usucapion können sie nicht erworben werden. L. 14. pr. D. *de servit.* (VIII. 1.). L. 4. §. 29. D. *de usurp. et usuc.* (XLII. 3.). — „eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat".

5) L. 10. pr. D. *si servit. vindic.* (VIII. 6.). L. 2. C. *de servit.* (III. 34.) — „servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti" —. L. 12. in f. C. *de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum* (VII. 33.).

6) *Gaj.* IV. §. 151.

7) L. 7. in f. D. *de itinere actuque priv.* (XLIII. 19.). L. 11. §. 1. D. *de Publ. in rem act.* (VI. 2.). Vgl. auch die vorige Note.

8) §. 4. I. *h. t.* (II. 3.). „Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet" —. An praedia in italico solo konnte das jus in re nur durch in jure

cessio oder mancipatio entstehen (*Gaj.* II. §. 29. 31.), oder durch eine andere civilrechtliche Erwerbart (Testament und Adjudication), außer wenn bei der Eigenthumsübertragung eine Servitut vorbehalten wurde, was deducere servitutem hieß; vgl. *Gaj.* II. §. 33. Vat. Fragm. §. 50. 51. 80.

§. 124.

4. Erlöschung der Servitutenrechte.

Von den möglichen Beendigungsgründen eines Servitutenrechts sind auszuzeichnen: a) confusio, oder Zusammentreffen des Eigenthums- und Servitutenrechts in der nämlichen Person[1]), da ein Servitutenrecht an der eignen Sache nicht Statt finden kann[2]); b) Zerstörung der dienenden oder berechtigten Sache[3]); c) Freiheitsersitzung[4]) durch Nichtsausübung binnen **10** oder **20** Jahren[5]), wozu aber bei serv. praed. urbanorum noch ein usucapere libertatem erfordert wird[6]). Der Ususfructus und Usus erlöschen auch durch den Tod des Berechtigten[7]) und durch capitis deminutio[8]), nach Justinians Bestimmung aber nur durch eine magna c. deminutio[9]).

1) L. 1. C. *quemadm. servit. amitt.* (VIII. 6.). — §. 3. I. *de usufr.* — „quae res *consolidatio* appellatur".

2) L. 5. pr. D. *si ususfr. pet.* (VII. 6.). L. 33. §. 1. in f. D. *de serv. pr. rust.* (VIII. 3.).

3) L. 24. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (VII. 4.). L. 5. §. 2. *eod.* L. 20. §. 2. D. *de servit. praed. urb.* (VIII. 2.). L. 9. pr. D. *si servit. vindicetur* (VIII. 5.).

4) Vgl. übrigens L. 4. D. *quemadm. serv. amitt.* — Vgl. auch *Pauli* rec. sent. Lib. I. Tit. 17. §. 2. „Servitus hauriendae aquae vel deducendae biennio omissa intercidit et biennio usurpata recipitur".

5) L. 13. C. *de servit. et aqua* (III. 34.).

6) L. 6. D. *de serv. pr. urb.*

7) L. 3. §. 3. D. *quib. mod. ususfr. vel usus amittitur* (VII. 4.).

8) L. 1. D. *eod.* Vgl. L. 10. pr. D. *de usu et habit.* (VII. 8.) und L. 10. pr. D. *de cap. min.* (IV. 5.).

9) L. 16. §. 2. D. *de usufr.* (VIII. 33.). §. 3. I. *de usufr.*

§. 125.

5. Rechtsmittel in Beziehung auf Servitutenrechte.

Zum Schutz des Servitutenrechts ist als dingliche Klage die confessoria actio oder vindicatio servitutis gegeben,

zum Schutz der Freiheit des Eigenthums gegen eine behauptete oder angemaßte Servitut die negatoria oder negativa actio[1]). Außerdem sind zum Schutz der juris oder servitutum quasi possessio für mehrere Servituten besondere Interdicte unter eigenthümlichen Bedingungen, zum Theil auch eigenthümlichen Wirkungen eingeführt[2]); auf andere Servituten werden die Grundsätze des interdictum uti possidetis analogisch angewandt[3]).

1) §. 2. I. *de actionib.* (IV. 6.). Vgl. L. 4. §. 5. D. *si servit. vindic.* (VIII. 5.) und oben §. 119. Note 11.

2) Dahin gehören: das interdictum de itinere actuque privato (L. 1. pr. D. *de itinere actuque priv.* XLIII. 19.), das int. de it. actuq. priv. reficiendo (L. 3. §. 11 D. *eod.*), das int. de aqua quotidiana et aestiva ducenda (L. 1. pr. §. 29. und §. 38. D *de aqua quot. et aestiva* XLIII. 20.), das int. de rivis (L. 1 pr. D. *de rivis* XLIII. 21.). das int. de fonte (L. un. pr. und §. 6. D. *de fonte* XLIII. 22), das int. de cloacis (L. 1. pr. D. *de cloacis* XLIII. 23.).

3) L. 8. §. 5. in f. D. *si servit. vindic.* (Vgl. oben §. 102. Nr. 1.). Auf die persönlichen Servituten wird auch das Recht der interdicta recuperandae possessionis analogisch angewandt; L. 3. §. 13—17. D. *de vi* (XLIII. 16.).

§. 126.

II. Erweiterte Servitutenrechte.

Als erweiterte Servitutenrechte lassen sich ansehen **I.** das emphyteutische Recht, ursprünglich das Recht an einem in Erbpacht gegebenen ager vectigalis[1]), das in der Folge auch auf kaiserliche Domainen, Kirchengüter und Privatländereien angewandt wurde[2]). Im Wesentlichen ist es ein vererbliches[3]), veräußerliches[4]) und auch in andern Stücken dem Eigenthum nahe kommendes[5]) Nutznießungsrecht. Auch hat der Emphyteuta eine corporis possessio, keine bloße juris possessio[6]), und außerdem eine durch besondere Eigenthümlichkeiten nicht ausgezeichnete in rem actio[7]). Deterioration der Substanz ist ihm nicht gestattet[8]), auch muß er dem dominus einen (regelmäßig jährlichen) Canon entrichten[9]). **II.** Das Recht an einer Superficies[10]). Es besteht in der vererblichen Befugniß, auf fremdem Grund und Boden etwas mit dem Grund und Boden Zusammenhängendes, besonders ein Gebäude zu haben, zu nutzen und darüber vollständig, wie ein

Eigenthümer zu verfügen[11]). Zum Schutz seines Rechts hat der Superficiar — außer einer in rem actio — ein besonderes interdictum de superficiebus[12]). Seinem Wesen nach darf man es als eine erweiterte servitus ususfructus und tigni immittendi betrachten[13]).

1) Vgl. *Gaj.* III. §. 145. und L. 1. D. *si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur* (VI. 3.).

2) S. L. 3. §. 4. D. *de reb. eor. qui sub tut. vel sub cura sunt* (XXVII. 9.). — Ueber die Natur des Contracts, wodurch ein emphyteutisches Verhältniß in der Regel begründet wurde, herrschte unter den alten Juristen Streit; *Gaj.* III. §. 145. Durch den K. Zeno wurde dieser Streit entschieden: L. 1. C. *de jure emphyteutico* (IV. 66.). Vgl. §. 3. I. *de loc. et cond.* (III. 24.).

3) §. 3. I. *de loc. et cond.* L. 71. §. 5. 6. *de legat.* I.

4) Der Dominus hat übrigens ein binnen 2 Monaten auszuübendes Vorkaufsrecht, oder, wenn er davon keinen Gebrauch macht, ein Recht auf die quinquagesima; L. 3. C. *h. t.* (IV. 66.).

5) S. z. B. L. 1. pr. in f. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (VII. 4.). — L. 15. §. 1. D. *qui satisd. cog.* — L. 25. §. 1. in f. D. *de usuris* (XXII. 1.). S. §. 111. Note 3.

6) L. 15. §. 1. D. *qui satisd. cog.*

7) L. 1. §. 1. D. *h. t.* (VI. 3.).

8) Nov. 7. c. 3. §. 2.

9) L. 2. D. *h. t.* L. 2. 3. C. *h. t.* (IV. 66.). Vgl. *Theophil.* paraphr. ad §. 3. I. *de loc. et cond.*

10) Vgl. L. 13. pr. D. *de servit. praed. rust.* (VIII. 3.) — „quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet" —. L. 2. D. *de superficiebus* (XLIII. 18.).

11) Vgl. L. 10. D. *fam. erc.* (X. 2.). L. 1. §. 6 — 9. D. *h. t.* (XLIII. 18.).

12) L. 1. pr. §. 1 — 4. D. *h. t.*

13) arg. L. 86. §. 4. D. *de leg.* I. (S. oben §. 100. Note 2.)

§. 127.

III. Pfandrecht. 1. Begriff und allgemeine Regeln.

Pfandrecht ist: Haftung eines Vermögensobjects zur Sicherung eines Forderungsrechts — rei obligatio[1]). Es ist mithin ein accessorisches Recht, dessen wirksame Existenz ein Forderungsrecht nothwendig voraussetzt[2]). Gegenstand des Pfandrechts können alle und jede Vermögensobjecte seyn[3]), sofern nicht besondere gesetzliche Beschränkungen hierüber vorhanden sind[4]), körperliche wie unkörperliche[5]), einzelne Dinge und Begriffsganze[6]), selbst ein ganzes Vermögen — das

gegenwärtige und das zukünftige[7]). Ein dingliches Recht — oder die Befugniß, durch in rem actio die verpfändeten Objecte zu verfolgen — kann aber der Pfandgläubiger natürlich nur erhalten, sofern der Gegenstand des Pfandrechts dies zuläßt. Uebrigens wird noch unterschieden das pignus im engeren Sinne (s. g. Faustpfand) und die hypotheca, je nachdem eine Verpfändung mit Besitzübertragung an den Gläubiger verbunden ist, oder nicht [8]).

1) Vgl. pr. I. *quib. alienare licet vel non* (II. 8.) — „interdicta — alienatio vel *obligatio*" —. L. 6. D. *de pignoribus et hypothecis* (XX. 1.).

2) L. 2. C. *si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit* (VIII. 33.). Vgl. L. 129. §. 1. D. *de reg. jur.* „Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent". — S. übrigens L. 5. pr. D. *h. t.* (XX. 1.) — „sed et futurae obligationis nomine dari (res hypothecae) possunt —, vel pro civili obligatione —, vel tantum naturali" —.

3) L. 9. §. 1. D. *h. t.* — L. 15. pr. *eod.* „Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt" —.

4) S. z. B. L. 6—8. D. *h. t.* (XX. 1.). — Auth. *Agricultores* C. *quae res pign. obligari poss.* (VIII. 17.).

5) L. 4. C. *quae res pign. oblig. poss.* „Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse jam pridem placuit" —. S. auch L. ult. C. *de pignorib. et hyp.* (VIII. 14.), wo von dem Pfandrecht an einer *militia* die Rede ist.

6) Vgl. L. 13. pr. D. *h. t.* (XX. 1.) und L. 34. pr. *eod.*

7) Vgl. L. 1. pr. L. 6. L. 32. L. 34. §. 2. D. *h. t.* (XX. 1.). L. 9. C. *quae res pign. oblig. poss.*

8) L. 9. §. 2. D. *de pign. act.* (XIII. 7.). L. 5. §. 1. D. *h. t.* (XX. 1.). „Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt".

§. 128.

2) Entstehung des Pfandrechts.

Die erste und roheste Form der Entstehung des Pfandrechts ist die Uebergabe der zu verpfändenden Sache an den Gläubiger[1]), woraus indessen an sich noch kein dingliches Recht entstand; dies konnte nur auf künstliche Art durch Uebertragung des Eigenthums mittelst fiducia begründet werden[2]). In der Folge kam die einfache rei obligatio (ohne Besitzübertragung) hinzu[3]), woraus der Prätor eine in rem actio gab, die demnächst dann auch mit dem bloßen pignus (Uebergabe

der Sache ohne fiducia) verknüpft wurde[4]). Es kann aber auch ohne den Willen des Schuldners ein Pfandrecht entstehen, und zwar (abgesehen von der alten pignoris capio, s. Note 1.) a) durch Beschlagnahme von der Obrigkeit oder dem Richter[5]), wohin besonders das pignus ex causa judicati captum gehört[6]); b) durch prätorische missio in bona (§. 47.), welche aber entschieden erst seit Justinian dingliches Pfandrecht begründen kann[7]); c) ipso jure — durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht — was man Anfangs auf den präsumtiven Willen des Gläubigers und Verpfänders gründete[8]), weshalb es auch tacitum pignus heißt[9]), und bei den Neueren pignus legale, gesetzlich-stillschweigendes Pfandrecht. Hiernach sind die sämmtlichen Entstehungsgründe des Pfandrechts auf zwei Classen zurückzuführen: 1) das s. g. pignus voluntarium, oder das durch freiwillige Pfandbestellung entstandene Pfandrecht. Es kann auch an einer fremden Sache mit Bewilligung des Eigenthümers bestellt werden[10]); fehlt es hieran, so kann ein vollkommen wirksames und sofortiges Pfandrecht aus einer solchen Verpfändung nicht entstehen[11]). Die Formen der Bestellung sind Vertrag (§. 129.) — s. g. Conventionalpfandrecht — und Testament[12]). 2) S. g. pignus necessarium, nämlich das durch eine obrigkeitliche oder richterliche Verfügung begründete Pfandrecht (pignus praetorium und s. g. p. judiciale), so wie das gesetzliche.

1) Der Wirkung nach gleich stand die pignoris capio des alten Rechts; *Gaj.* IV. §. 26—29. Vgl. §. 41. Note 4.

2) *Gaj.* II. §. 59. 60. — — „fiducia contrahitur cum creditore pignoris jure" —. Vgl. *Pauli* sent. rec. Lib. II. Tit. 13. und die folg. Note.

3) *Isidori* orig. Lib. V. c. 25. — „Inter pignus et fiduciam et hypothecam hoc interest: *pignus* — est, quod propter rem creditam obligatur, *cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. Fiducia* est, cum res aliqua sumendae pecuniae gratia vel mancipatur, vel in jure ceditur. *Hypotheca* est, cum res aliqua commodatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente".

4) §. 7. I. *de actionib.* (IV. 6.).

5) S. z. B. §. 3. I. *de satisdat. tutor.* (I. 24.). Vgl. auch die folg. Note.

6) L. 31. D. *de re jud.* (XLII. 1.). Tit. Cod. *in causa judicati pignus captum sit* (VIII. 23.).

7) L. 26. pr. D. *de pign. act.* (XIII. 7.). L. 1. 2. C. *de praetorio pignore* (VIII. 22.).

8) L. 4. pr. D. *in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* (XX. 2.) — „pignori esse credantur, *quasi id tacite convenerit.*" L. 3. C. *eod.* (VIII. 15.) — „ipsi pignori credantur tacita pactione inesse". L. 7. in f. *eod.*

9) L. 4. §. 1. D. *in quib. caus. pign. tac. contr.*

10) L. 20. pr. D. *de pignor. act.* — Die Bestellung dessen, der in fremdem Namen giltig zu handeln befugt ist, gilt natürlich der vom Eigenthümer selbst erfolgten gleich. S. z. B. L. 12. D. *eod.* Auch wird hier unter dominus Jeder verstanden, der ein dingliches Recht an fremdem Eigenthum hat und dies verpfändet, sofern dies überhaupt möglich ist. Vgl. L. 11. §. 2. 3. D. *h. t.* (XX. 1.). L. 13. §. 3. *eod.*

11) Vgl. L. 1. pr. L. 16. §. 7. D. *h. t.* (XX. 1.). L. 5. C. *si aliena res pign. data sit* (VIII. 16.).

12) L. 26. pr. D. *de pign. act.*

§. 129.

Insbesondere a) vom Conventionalpfandrecht.

Das vertragsmäßige Pfandrecht wird entweder durch Hingabe der Sache bestellt[1]), oder durch eine bloße Verabredung, pactum hypothecae, das an keine Form gebunden ist[2]) und daher auch stillschweigend erfolgen kann[3]). Die Bestellung in einer öffentlichen oder von drei Zeugen männlichen Geschlechts unterschriebenen Urkunde (s. g. pignus publicum und quasi publicum) gewährt aber gewisse Vorzüge[4]).

1) §. 4. I. *quib. modis re contrahitur obligatio* (III. 14.). Vgl. §. 127. Note 8.

2) L. 1. pr. D. *de pignor. act.* (XIII. 7.). L. 4. L. 13. §. 3. D. *h. t.* (XX. 1.).

3) Ein Beispiel enthält L. 5. C. *de loc. et cond.* (IV. 65.).

4) L. 11. C. *qui pot. in pign.* (VIII. 18.).

§. 130.

b) Vom gesetzlichen Pfandrecht.

I. Ein gesetzliches Spezialpfandrecht steht zu: a) Dem, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld geborgt hat, an dem Gebäude[1]); b) dem Vermiether eines praedium urbanum an den invecta et illata[2]); c) dem Verpachter

eines pr. rusticum an den Erzeugnissen[3]; d) Minderjährigen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen[4]). **2.** Ein Pfandrecht an einem Vermögenstheil (nämlich an dem Erbtheil des Onerirten) haben Vermächtnißnehmer[5]). **3.** An dem Gesammtvermögen des Verpflichteten steht ein Pfandrecht zu a) dem Fiscus, in der Regel wegen aller seiner Forderungen[6]); b) Bevormundeten wegen ihrer Forderungen aus der Vormundschaft[7]); c) Kindern an dem Vermögen ihres Vaters, wegen gewisser unter dessen Administration stehender Güter[8]); d) dem Ehemann wegen seiner Forderung auf Dotation[9]); e) der Ehefrau an dem Vermögen des Mannes sowohl ihres Eingebrachten halber[10]), als auch aus einigen anderen Gründen[11]).

1) L. 1. D. *in quib. causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* (XX. 2.).

2) L. 2—4. L. 7. §. 1. D. *h. t.* (XX. 2.).

3) L. 7. pr. D. *h. t.* (XX. 2.).

4) L. 3. pr. D. *de reb. eor.* u. s. w. (XXVII. 9.). L. 7. pr. D. *qui pot. in pign.* (XX. 4.). — Ueber einen dem heütigen Recht nicht angehörigen Fall s. Nov. 136. c. 2.

5) L. 1. 2. C. *commun. de legat.* (VI. 43.).

6) L. 46. §. 3. D. *de jure fisci* (XLIX. 14.). — S. übrigens L. 17. und L. 37. *eod.*

7) L. 20. C. *de administr. tut.* (V. 37.).

8) L. 8. §. 4. 5. C. *de sec. nupt.* (V. 9.). — Von dem Pfandrecht an dem Vermögen des Stiefvaters s. L. 6. §. 2. *eod.*

9) L. un. §. 1. C. *de rei uxor. act.* (V. 13.).

10) L. un. §. 1. C. *de rei ux. act.*

11) L. 11. C. *de pactis convent.* u. s. w. (V. 14.). Nov. 109. c. 1. — Ueber zwei andere Fälle eines allgemeinen gesetzlichen Pfandrechts s. Nov. 7. c. 3. §. 2. und Nov. 22. c. 44. §. 2.

§. 131.

3. Erlöschung des Pfandrechts.

Ein Pfandrecht hört auf: a) wenn die Forderung, zu deren Sicherung es dienen sollte, weggefallen ist[1]); b) durch Zerstörung der verpfändeten Sache[2]); c) durch Verzichtleistung, die auch stillschweigend erfolgen kann[3]); d) durch be-

freiende Ersitzung [4]); e) durch Verkauf des Pfandobjects, wenn derselbe von dem dazu berechtigten Gläubiger auf gehörige Art erfolgt [5]), in der Regel auch f) durch confusio, oder Zusammentreffen des Pfandrechts und Eigenthumsrechts in derselben Person [6]).

1) L. 43. D. *de solut.* (XLVI. 3.). Vgl. §. 127. Note 2. — S. übrigens L. 11. §. 1. D. *de pignor. act.* (XIII. 7.).

2) L. 8. pr. D. *quib. modis pignus vel hypotheca solvitur* (XX. 6.). — Vgl. L. ult. D. *de pignorib.* (XX. 1.).

3) Vgl. z. B. L. 4. §. 1. D. *h. t.* (XX. 6.). L. 7. u. 9. C. *de remiss. pignor.* (VIII. 25.).

4) L. 5. §. 1. D. *de divers. temporal. praescr.* (XLIV. 3.). L. 1. 2. C. *si adv. creditorem praescriptio opponatur* (VII. 36.). — Vgl. L. 7. pr. §. 1. 2. C. *de praescr. 30 vel 40 annor.* (VII. 39.).

5) L. 1. C. *si antiquior creditor pignus vendiderit* (VIII. 20.). — L. 6. C. *de remiss. pignoris* (VIII. 26.).

6) L. 45. pr. D. *de reg. jur.* — Vgl. übrigens L. 17. D. *qui pot. in pign.* (XX. 4.). L. 3. C. *de his, qui in prior. creditor. loc. succedunt* (VIII. 19.). L. 13. D. *de distractione pignorum* (XX. 5.).

§. 132.

4. Recht des Gläubigers an dem Pfandobject.

Das wesentliche Recht des Pfandgläubigers besteht in der Befugniß, sich zu seiner Sicherheit an das Pfandobject halten und dem zu Folge seiner Befriedigung halber dasselbe veräußern zu können [1]), wobei er übrigens an gewisse Beschränkungen gebunden ist [2]), die indessen durch Vertrag erlassen, freilich aber auch vermehrt werden können [3]). Auch kann er das Pfandobject durch geeignete Klagen verfolgen [4]) und zwar, wenn es eine körperliche Sache ist, durch eine dingliche Klage wider jeden Pfandbesitzer, — die hypothecaria (Serviana und quasi Serviana) actio [5]) —, so wie (in einem gewissen Falle wenigstens) durch ein interdictum adipiscendae possessionis (§. 102. Note 1.), das Salvianum interdictum genannt [6]). Eigenthümliche Rechte gewährt noch das Faustpfand (§. 127.) dem Gläubiger [7]). Durch einen besonderen Vertrag (das s. g. pactum antichreticum) kann dem Gläubiger das Nutzungsrecht der Sache

statt der Zinsen (ἀντίχρησις) eingeräumt werden [8]), nicht aber auch die Befugniß, das Pfand im Nichtzahlungsfall als verfallen behalten zu dürfen, m. a. W. die lex commissoria ist verboten [9]).

1) L. 1. 2. C. *debitorem venditionem pignoris impedire non posse* (VIII. 29.). — L. 8. D. *de distractione pignorum et hypothecarum* (XX. 5.). — L. 2. D. *qui pot. in pign.* (XX. 4.).

2) L. 3. §. 1. in f. C. *de jure dominii impetrando* (VIII. 34.). §. 1. I. *quib. alienare licet vel non* (II. 8.). — L. 2. C. *si in causa judicati pignus captum sit* (VIII. 23.). L. 15. §. 2. D. *de re jud.* (XLII. 1.). — L. 3. pr. C. *de jure domin. impetr.*

3) L. 8. §. 3. in f. D. *de pign. act.* (XIII. 7.). L. 4. in f. *eod.* L. 3. §. 1. C. *de jure domin. impetr.*

4) Ueber die Verfolgung des Rechts an einem nomen pignoratum s. L. 4. C. *quae res pign. oblig. poss.* (VIII. 17.). L. 18. pr. D. *de pignor. act.* L. 13. §. 2. D. *de pignor.* (XX. 1.).

5) §. 7. I. *de actionib.* (IV. 6.). — L. 12. §. 1. D. *quib. mod. pign. solv.* (XX. 6.).

6) Tit. Dig. *de Salviano interdicto* (XLIII. 33.). Tit. Cod. *de precario et Salviano interdicto* (VIII. 9.).

7) L. 16. D. *de usurp.* (XLI. 3.). — L. un. C. *etiam ob chirographariam causam pignus teneri posse* (VIII. 27.).

8) L. 11. §. 1. D. *de pignorib.* L. 33. D. *de pign. act.*

9) L. 3. C. *de pact. pignor. et de lege commissoria in pignorib. rescindenda* (VIII. 35.).

§. 133.

5. Rechtsverhältniß concurrirender Pfandgläubiger.

Collidiren Pfandgläubiger mit einander, so ist der Vorzug des einen vor dem anderen in der Regel nach der Zeitfolge der Entstehung zu bestimmen: prior tempore potior jure [1]). Von dieser Regel giebt es aber manche Ausnahmen. So geht a) der Fiscus anderen Gläubigern vor, wenngleich nicht wegen aller seiner Forderungen [2]), b) die Ehefrau und deren Kinder wegen ihrer Dotalforderungen [3]), c) derjenige, welcher zur Anschaffung oder Erhaltung einer Sache Geld geborgt, oder zu diesem Zwecke Credit gegeben hat [4]), was man als Pfandprivilegium wegen in rem versio zu bezeichnen pflegt; d) das s. g. pignus publicum und

quasi publicum hat einen Vorzug vor gewöhnlichen Conventionalpfandrechten [5]). — Uebrigens kann ein Pfandgläubiger den Platz des Anderen auch wider dessen Willen in Folge des jus offerendae pecuniae erhalten [6]).

1) L. 11. pr. D. *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt* (XX. 4.). L. 4. C. *eod.* (VIII. 18.).

2) L. 1. in f. C. *si propter publ. pensit.* (IV. 46.). L. 28. D. *de jure fisci* (XLIX. 14.). — Vgl. L. 4. C. *in quib. caus. pign. tac. contr.* (VIII. 15.). L. 3. C. *de primipilo* (XII. 63.). — Vgl. L. 8. D. *h. t.* (XX. 4.).

3) L. ult. C. *h. t.* (VIII. 18.). Nov. 97. c. 3. 4.

4) L. 7. C. *h. t.* (VIII. 18.). L. 5. 6. D. *eod.* (XX. 4.) — „hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam". — Von solchen Gläubigern geht der spätere den früheren vor; L. 4. in f. D. *eod.* — „posterioris creditoris causa est potior". L. 5. *eod.* „Interdum posterior potior est priore". Vgl. Nov. 97. c. 2—4.

5) L. 11. C. *h. t.* (s. §. 129. a. E.).

6) L. 11. §. 4. D. *h. t.* (XX. 4.). L. ult. C. *de his qui in prior. creditor. loc. succ.* (VIII. 19.). L. 22. C. *de pignorib.* (VIII. 14.).

Viertes Capitel.

Das Rechtsverhältniß eines Gesammtvermögens mit Rücksicht auf die besondere Qualität seines Subjects. (§. 100. a. E.)

§. 134.

I. Eheliches Vermögensverhältniß A. überhaupt betrachtet.

Da bei der altcivilrechtlichen Ehe (Ehe mit manus) die Frau in das Verhältniß einer filiafamilias zu ihrem Manne trat (§. 74.), so ging auch ihr gesammtes Vermögen auf denselben über [1]), doch konnte sie sich Einzelnes vorbehalten, was wahrscheinlich receptitia pecunia hieß [2]),

auch peculium [3]). Umgekehrt verhielt es sich bei freier Ehe; hier hatte der Mann nur ein Recht an dem Vermögen, welches ihm von der Frau, deren Vater oder Anderen als Dos gegeben wurde. Dos hieß Alles, was die Frau dem Manne unmittelbar oder mittelbar (d. h. als von Anderen herrührende Mitgift) zubrachte, gleichviel, ob die Ehe mit in manum conv. verbunden war, oder nicht [4]); auch res uxoria [5]). Alles nicht zur Dos gehörige Vermögen der Frau nannte man parapherna (bona), auf welchem Grunde auch die Trennung desselben von dem Dotalvermögen beruhen mochte [6]). Und wie die Benennung, so war auch das Rechtsverhältniß dieser Vermögenscomplexe gleich, ohne daß dabei der Unterschied zwischen strenger und freier Ehe weiter in Betracht kam. Der Mann war vollständiger Eigner des Dotalvermögens und dies verblieb auch ihm oder seinen Erben nach aufgelöster Ehe. Auf Veranlassung einer viel besprochenen Ehescheidung (§. 75. Note 4.) kamen die cautiones rei uxoriae auf, wodurch man die Rückgabe der Dos sicherte [7]), ja auch ohne einen solchen Vorbehalt wurde die Restitutionsverbindlichkeit als Regel für viele Fälle anerkannt [8]), von Justinian aber ganz allgemein vorgeschrieben [9]), welcher überdies das Rückforderungsrecht der Frau und ihrer Descendenten auf manche Weise zu sichern suchte [10]). An dem Paraphernalvermögen hat der Ehemann nur die Rechte, welche ihm daran von der Frau besonders eingeräumt sind [11]), und auch dabei offenbart sich das Bestreben Justinians, die Rechte der Frau nach Möglichkeit sicher zu stellen [12]). Unter den christlichen Kaisern kam eine Art von Gegendos (ante oder propter nuptias donatio) auf, oder wurde vielmehr von diesen Kaisern anerkannt und rechtlich näher bestimmt (s. §. 138.). — Sehen wir nun ab von der mit in manum conventio verknüpften Succession des Mannes in das gesammte Vermögen der Frau, so ist das vermögensrechtliche Verhältniß der Ehegatten im Ganzen ein getrenntes, indessen können bei jeder Ehe zwei besondere Vermögensbegriffe (oder zwei Arten eines Gesammtvermögens, als solches aber nur in besonderer Beziehung zu denken) vorkommen: dos und

propter nuptias donatio; beide lassen sich auch als **eheliches Vermögen** bezeichnen.

1) *Gaj.* inst. III. §. 82. (Vgl. II. §. 86.). — *Cic.* Top. c. 4. „Quum mulier viro in manum convenit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine".

2) *Gell.* N. A. XVII. c. 6. — — „Receptitius servus — — — —. Quando mulier dotem marito dabat, tum, quae ex suis bonis retinebat, neque ad virum transmittebat, ea *recipere* dicebatur" —. Nicht zu verwechseln mit *dos* receptitia, *Ulp.* Fr. VI. §. 5. in f.

3) Vgl. Vat. Fr. §. 112. und §. 254. L. 31. §. 1. D. *de donat.* (XXXIX. 5.). L. 9. §. 3. D. *de jure dot.* (s. Note 6.).

4) *Varro* de lingua lat. Lib. IV. c. 36. — „*dos* erit pecunia, si nuptiarum causa data" —. *Cic.* Top. c. 4. (s. Note 1.). *Gell.* N. A. XVII. 6. (s. Note 2.). Vat. Fr. §. 115

5) *Gell.* N. A. IV. 3. Vat. Fr. §. 103. 108. *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 6. S. auch unten Note 9.

6) L. 8. C. *de pact. convent.* (V. 14.). L. 9. §. 3. D. *de jure dot.* (XXIII. 3.) — „si res dentur in ea, quae Graeci *παράφερνα* dicunt, quaeque Galli peculium appellant" —.

7) *Gell.* N. A. IV. 3.

8) Vgl. *Cic.* Top. c. 4. — „Si viri culpa factum est divortium — —, pro liberis manere nihil oportet". *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 4 sqq.

9) L. un. C. *de rei uxor. act.* (V. 13.).

10) L. 30. C. *de jure dot.* (V. 12.). L. 12. §. 1. C. *qui pot. in pign.* (VIII. 18.). Nov. 97. c. 3. (Vgl. §. 133. Note 5.)

11) L. 9. §. 3. D. *de jure dot.*

12) L. ult. C. *de pact. convent.* (V. 14.).

§. 135.

II. Insbesondere 1. von der Dos. a. Bestellung derselben.

Wenn die Dos von einem väterlichen Ascendenten aus dessen Vermögen oder Namens desselben bestellt wird, heißt sie profectitia, sonst adventitia [1]). Gesetzlich verpflichtet zur Bestellung ist zunächst nur der erstere [2]), aus besonderen Gründen auch die Mutter [3]); man gründet hierauf die Eintheilung der dos in eine necessaria und voluntaria. Die Bestellung der Dos erfolgt nicht blos durch s. g. Realillation, sondern sie gilt im Rechtssinn schon als bestellt, sobald der Mann selbst eine auf Realillation gerichtete Klage

hat [4]); daher: dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur [5]). Gesichert ist die Geltendmachung einer solchen Dotalforderung durch eine gesetzliche Hypothek [6]). Jedes Dotalrecht setzt aber zu seiner vollen Wirksamkeit eine giltige Ehe voraus [7]).

1) *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 3. — L. 5. pr. §. 1—3. §. 11. D. *de jure dot.* (XXIII. 3.).

2) L. 19. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII. 2.). L. ult. C. *de dot. prom.* (V. 14.). — Vgl. L. 5. §. 11. D. *de jure dot.*

3) L. 14. C. *de jure dot.* (V. 12.). L. 19. §. 1. C. *de haeret.* (I. 5.).

4) L. 49. D. *de jure dot.* — L. 48. §. 1. *eod.*

5) *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 1. „Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. §. 2. Dotem dicere potest mulier quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat; item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt". — Vgl. L. 6. C. *de dotis promissione et nuda pollicitatione* (V. 11.).

6) L. un. §. 1. C. *de rei uxor. act.* (V. 13.). — Vgl. L. ult. §. 2. C. *de jure dot.*

7) L. 3. D. *de jure dot.* „Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est". — L. 7. §. 1. *eod.* — L. 21—23. *eod.* — L. 39. §. 1. *eod.* (s. §. 51. Note 12.).

§. 136.

b. Das Recht an der Dos.

Die Dos gehört zum Vermögen des Mannes [1]), welcher daher auch die vollständige Nutzung der Dotalsachen hat [2]), die einem Eigner zustehenden Klagen ausübt und wie ein solcher die Sachen behandeln und über sie verfügen kann [3]), sofern er in dieser Hinsicht nicht besonders beschränkt ist. Die Einschränkungen seines Rechts ergeben sich meistens daraus von selbst, daß er dermaleinst zu restituiren verbunden ist [4]); daher ist er denn auch zur Fleißanwendung verpflichtet oder wegen der Nachtheile verantwortlich, welche das Dotalvermögen durch sein Verschulden erleidet [5]). Insbesondere ist aber durch eine Lex Julia Augusti (wahrscheinlich de adulteriis) noch bestimmt, daß der

Mann einen fundus dotalis nicht veräußern, ja selbst nicht einmal mit Bewilligung der Frau verpfänden dürfe [6]); Justinian erklärt die Einwilligung der Frau auch in Beziehung auf Eigenthumsveräußerung für unwirksam [7]). Vollkommen freier Eigenthümer, aber auch schlechthin Schuldner des Werths, wird der Mann a) wenn s. g. fungible Sachen in dotem gegeben sind [8]), b) wenn dos aestimata gegeben ist [9]), falls nicht etwa die Abschätzung nur die Feststellung einer eventuellen Schadensersatz-Summe zum Zweck hat [10]); s. g. aestimatio taxandi (non vendendi) causa.

1) L. 7. §. 3. L. 75. D. *h. t.* (XXIII. 3.).

2) L. 7. pr. L. 10. §. 3. D. *h. t.* — Vgl. übrigens L. 10. §. 1. 2. L. 69. §. 9. D. *h. t.*

3) L. 3. §. 2. D. *de suis et legitim.* (XXXVIII. 16.). L. 61. §. 1. D. *h. t.* — L. 9. C. *de rei vind.* (III. 32.). L. 24. D. *rerum amotar.* (XXV. 2.). L. 11. C. *h. t.* (V. 12.). L. 49. §. 1. D. *de furt.* (XLVII 2.).

4) L. 75. D. *h. t.* „Quamvis in bonis mariti dos sit, *mulieris tamen est*" —. L. 30. C. *h. t.* — „quum res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio". —

5) L. 17. pr. D. *h. t.*

6) *Gaj.* II. §. 63. Pr. I. *quib. alienare lic. vel non* (II. 8.). Die Röm. Juristen nennen diesen Theil der Lex auch: Lex Julia de fundo dotali; s. L. 1. pr. D. *de fundo dotali* (XXIII. 5.).

7) L. un. §. 15. C. *de rei uxor. act.* (V. 13.). Pr. I. *quib. alienare lic. v. non.*

8) L. 42. D. *h. t.*

9) L. 5. C. *h. t.* „Quoties res aestimatae in dotem dantur, maritus dominium consequutus *summae veluti pretii debitor efficitur*". — L. 10. C. *eod.* (V. 12.) „Quum dotem te aestimatam accepisse profitearis — — — — — —. Quis — dubitet, aestimationem a te mulieri deberi, quum periculo tuo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo recipiantur"? L. 10. pr. D *h t.*

10) L. 69. §. 7. D. *h. t.* L. 21. C. *eod.*

§. 137.

c. Von Restitution der Dos.

Die Dos ist in der Regel nach aufgelöster Ehe zu restituiren. Nach vorjustinianeischem Recht aber behielt der Mann, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt war, die dos adventitia ganz, falls nicht der Besteller sich

das Rückforderungsrecht vorbehalten hatte, in welchem Fall sie receptitia dos hieß [1]). Die profectitia dos fiel an den Vater zurück, jedoch konnte der Mann wegen jedes Kindes eine Quinte behalten, und lebte der Vater nicht mehr, blieb sie ebenfalls ganz bei ihm [2]). Auch wenn die Ehe durch die Schuld der Frau mittelst Scheidung getrennt war, fanden Retentionen für den Mann Statt, und zwar a) propter liberos, nämlich wegen jedes Kindes (wenn nicht über drei vorhanden waren) ein Sechstheil [3]), b) propter mores, d. h. wegen schlechten Betragens, je nach dem Grade desselben, entweder ein Sechstheil, oder ein Achttheil [4]). Nach dem Justinianeischen Recht muß die Dos allemal restituirt werden, falls nicht der Mann ein Recht, dieselbe zu behalten, durch einen rechtsgiltigen Vertrag, oder durch testamentarische Zuwendung erworben [5]), oder die Frau die Ehe ohne Grund aufgelös't oder eine Scheidung durch ihre Schuld veranlaßt hat [6]). In allen übrigen Fällen haben ein gesetzliches Rückforderungsrecht, oder die dotis actio [7]), 1) wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelös't ist: bei dos profectitia der Vater [8]), oder falls dieser nicht mehr am Leben ist, so wie bei dos adventitia, die Erben der Frau [9]); 2) wird die Ehe beim Leben der Frau getrennt, diese selbst, die dos mag profectitia oder adventitia sein, jedoch so lange die Frau alieni juris ist, concurrirt bei dem Rückforderungsrecht der Vater [10]). Wurde die dos als receptitia bestellt, so bestimmt sich das Rückforderungsrecht nach dem Inhalt des darüber eingegangenen Vertrages [11]). Den Zeitpunkt der Rückgabe anbelangend, fand früher ein Unterschied Statt zwischen fungiblen und nicht fungiblen Dotalsachen; jene waren in drei jährigen Terminen, diese sofort zu restituiren [12]). Hatte indessen der Mann die Ehescheidung verschuldet, so mußte er, je nach den Umständen, die fungiblen Sachen entweder sofort oder in kürzeren Terminen restituiren, in Ansehung der nicht fungiblen Sachen aber mit diesen einen verhältnißmäßigen Theil des Ertrags [13]). Nach Justinians Vorschrift sind Immobilien sogleich nach aufgelös'ter Ehe, andere Dotalsachen nach einem Jahre herauszugeben [14]); wegen willkührlicher oder

verschuldeter Ehescheidungen aber trifft den Mann ein gesetzlich bestimmter Vermögensverlust [15]). Da übrigens der Mann so lange, aber auch nur so lange die Ehe besteht, ein Recht hat die Dos zu nutzen, so werden die Früchte des letzten Dotaljahres zwischen ihm (oder seinen Erben) und denen, welchen die Dos zu restituiren ist, getheilt [16]).

1) *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 5.

2) *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 4. „Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos *in infinitum* relictis penes virum; quodsi pater non sit, apud maritum remanet".

3) *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 10. „Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cujus in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote, *non plures tamen, quam tres sextae*" —.

4) *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 12. „Morum nomine, graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava; graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui".

5) L. 12. pr. D. *de pact. dotalib.* (XXIII. 4.). L. 6. C. *de pact. convent.* (V. 14.). — L. 11. D. *de dote praelegata* (XXXIII. 4.).

6) L. 8. §. 4. 5. L. 11. §. 1. 2. C. *de repudiis* (V. 17.). Nov. 22. c. 15. §. 2. in f.

7) Dies (auch dotis exactio) ist die allgemeine Benennung der Rückforderungsklage; L. 78. §. 1. D. *de jure dot.* L. 43. §. 1. *eod.* Der besondere Name für die gesetzliche Rückforderungsklage war rei uxoriae actio, wenn aber die Rückgabe stipulirt war, ex stipulatu actio. Die Wirkungen beider Klagen waren verschieden. Justinian will, daß auch ohne ein darauf gerichtetes Versprechen allemal die ex stipulatu actio Statt haben und in sich die vortheilhaften Wirkungen beider Klagen vereinigen soll; L. un. § 2—14. C. *de rei uxor. act.*

8) L. 6. pr. D. *de jure dot.* L. 4. C. *soluto matrimonio quemadm. dos petatur* (V. 18.).

9) L. un. §. 7. C. *de rei uxor. act.* — L. un. §. 5. *eod.* — „Sileat ob liberos retentio, quum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur".

10) L. 2. §. 1. L. 3. D. *soluto matrim. dos quemadm. petatur* (XXIV. 3.). L. un. §. 14. C. *de rei uxor. act.* Nov. 97. c. 5.

11) Vgl. *Ulp.* Fragm. Tit. VI. §. 5. L. 1. §. 1. D. *de pact. dotalib.* L. 26. §. 2. *eod.* L. 29. pr. D. *soluto matrim. dos quemadm. pet.* L. un. §. 14. C. *de rei uxor. act.* L. 4. u 7. C. *de pact. convent.* (V. 14.)

12) *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 8. „Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur, nisi ut praesens reddatur convenerit; reliquae dotes statim redduntur".

13) *Ulp.* Fr. Tit. VI. §. 13. „Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae (annua, bima, trima) die reddi debet, ita (ut) propter majores mores praesentem dotem reddat, propter minores

senum mensum die; in ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit".

14) L. un. §. 7. C. *de rei uxor. act.*

15) L. 8. § 4. 5. L. 11. §. 1. 2. C. *de repud.* Nov. 22. c. 15. § 1. in f. (Vgl. Note 6.)

16) L. un. §. 9. in f C. *de rei uxor. act.* — Vgl. L. 5. 6. L. 7. §. 1. 2. D. *soluto matrim. dos quemadm. pet.*

§. 138.

2. Von der *propter nuptias donatio.*

§. 3. I. de donationibus (II. 7).

Ein den classischen Juristen unbekanntes Rechtsinstitut war die ante nuptias donatio [1]), oder wie Justinian sie passender benannt wissen will, propter nuptias donatio, d. i. eine eheliche Einlage, welche der Mann oder ein Anderer für ihn macht, gleichsam eine Gegendos [2]). Da sie denselben Zwecken dient, wie die Dos [3]), so ist der Mann in Beziehung auf die Disposition über dies Vermögen den nämlichen Beschränkungen unterworfen, wie bei dem Dotalvermögen [4]). Nach dem Tode der Frau bleibt die pr. nupt. donatio zu vollem Recht bei dem Manne [5]), nach dem Tode des Mannes aber fällt sie an die Frau, jedoch nur wenn die Ehe beerbt oder der Wittwe ein Recht an der pr. nupt. don. zugesichert ist [6]). Auch eine durch die Schuld des Mannes eingetretene Ehescheidung hat den Verlust der pr. nupt. don. zum Besten der Frau zur Folge [7]).

1) Nämlich in dem Sinne, worin der Begriff hier genommen wird, nicht als sponsalitia largitas. Vgl. L. 1. 7. 8. u. a. C. *de donationibus ante nuptias, vel propter nuptias et sponsalitiis* (V. 3.).

2) L. 20. C. *h. t.* (V. 3.) — „Sicut — dos propter nuptias fit — —, ita et in donationibus, quas mariti faciunt, vel pro his alii — —, quia *quasi antipherna* haec possunt intelligi, et non simplex donatio — ; — igitur et nomine et substantia nihil distat a dote propter nuptias donatio".

3) Vgl. L. 20. C. *h. t.* u. L. 29. C. *de jure dot.* (V. 12.).

4) L. 29. C. *de jure dot.* Nov. 61. c. 1. Nov. 97. c. 6. §. 1.

5) L. 31. §. 1. C. *de jure dot.* Nov. 22. c. 20. § 1. — S. übrigens L. 31. §. 1. in f. C. *de jure dot.*

6) Vgl. L. 9. C. *de pact. convent.* und Nov. Leonis XX.

7) S. die §. 137. Note 15. citirten Stellen.

§. 139.

II. Das Peculiarrecht.

Hausunterthänige Personen (servi, filii filiaevefamilias, mulieres in manu maritorum) konnten nichts zu eigen haben, sondern erwarben Alles Dem, dessen rechtlicher Herrschaft sie unterworfen waren [1]. Modificirt wurde dieser Grundsatz zuerst durch das Aufkommen der Peculien (§. 93. a. E.). Doch war das durch Vorbehalt bei in manum conventio entstandene Peculium der Frauen (§. 134. Note 2. 3.) seiner rechtlichen Bedeutung nach ohne Zweifel sehr verschieden von dem Peculium der Sclaven und Hauskinder. Zwar wird auch dies als veluti patrimonium servorum et filiorum bezeichnet [2]; indessen war es gewissermaßen sein eignes Subject [3], und nur zur Zeit getrennt von dem Vermögen des Hausherrn [4], der es willkührlich wieder einziehen durfte [5]. Der Inhaber konnte dasselbe zwar, soweit es reichte (peculio tenus), mit Verbindlichkeiten belasten [6], sonstige Dispositionen aber nur vornehmen, soweit der zu vermuthende oder ausdrücklich erklärte Wille des Hausherrn ihn dazu ermächtigte [7]. Dem Inhaber fiel dies Peculium eigenthümlich zu, wenn es ihm bei der Manumission oder Emanzipation nicht entzogen, dem Hauskinde auch, wenn das väterliche Vermögen confiscirt wurde [8]. Ein völlig freies Vermögensrecht kam für den filiusfamilias, wahrscheinlich in der ersten Zeit der Kaiserregierung, unter dem Namen eines castrense peculium auf. Gewisse Zuwendungen in Beziehung auf den Kriegsdienst, so wie die durch denselben veranlaßten Erwerbungen bildeten den hauptsächlichen Gegenstand dieses Peculium [9], in Ansehung dessen dem Inhaber die Rechte eines homo sui juris zustanden [10]; jedoch fiel es jure peculii an den Vater, falls der Haussohn darüber nicht testamentarisch verfügt hatte [11]. Uebrigens blieb das Recht des castrense peculium noch nach beendigtem Soldatendienst und wurde

in der Folge auch auf Erwerbungen durch ein öffentliches Amt, durch Advocatur und aus einigen anderen Gründen bezogen, woraus der Begriff eines quasi castrense peculium entstand [12]). Bei weitem wichtiger noch für das vermögensrechtliche Verhältniß der Hauskinder wurde die Verordnung K. Constantins, daß der Vater alles von der Mutter durch Erbrecht an die Kinder gekommene Vermögen ihnen aufbewahren solle [13]). Dies Recht erweiterten spätere Kaiser [14]), hauptsächlich aber Justinian [15]), dahin, daß Alles, was Hauskinder aus irgend einem Grunde erwarben, mit Ausschluß des Erwerbes aus dem väterlichen Vermögen [16]), ihnen eigenthümlich gehören, dem Vater aber regelmäßig Verwaltungs- und Nießbrauchsrechte an demselben zustehen sollten; das Recht des peculium castrense und quasi castrense blieb aber unverändert [17]) und auch sonst ist der Vater von Verwaltung und Nießbrauch des Kinderguts in manchen Fällen ausgeschlossen [18]). Die Neueren nennen nun alles Kindergut, so verschieden auch das Rechtsverhältniß desselben ist, peculium, was wenigstens eine gute Analogie für sich hat [19]), und bezeichnen die einzelnen Arten desselben auf folgende Weise: das castrense und quasi castrense setzen sie unter dem Namen des militare peculium dem paganum [20]) entgegen, und bei diesem unterscheiden sie das s. g. profectitium, d. h. was der Vater giebt oder sonst als Zuwachs aus dem väterlichen Vermögen erscheint [21]), von dem s. g. adventitium, bei demselben aber wieder das adventitium ordinarium s. regulare, von dem extraordinarium oder irregulare, je nachdem es dem väterlichen Administrations- und Nutzungsrecht unterworfen ist, oder nicht.

1) *Gaj.* II. §. 86. 87. Pr. I. *per quas personas nobis acquiritur* (II. 9.). — Da das Peculiarrecht eigentlich nur als Modification des ursprünglichen Erwerbrechts eines Hausherren durch hausunterthänige Personen zu betrachten ist, so läßt sich dieser Titel auf gewisse Weise als Hauptquelle für unsere Lehre ansehen. Doch handelt der bei weitem größte Theil desselben nur von jenem Erwerbrechte, insbesondere von dem Erwerb durch servi, woran man entweder das Eigenthum, oder Nießbrauchsrecht, oder eine bonae fidei possessio hat; das Peculiarrecht der Hauskinder wird nur beiläufig berührt in §. 1. u. 2. dieses Titels.

2) §. 10. I. *de actionib.*

3) L. 40. pr. D. *de pecul.* (XV. 1.) „Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, *peculium simile esse homini*". — Vgl. L. 44. §. 1. D. *de acquir. vel amitt. poss.* (XLI. 2.). S. auch die folg. Note.

4) L. 5. in f. D. *de pecul.* — „quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet" —. Während der Dauer des Peculiarverhältnisses wird der Dominus auf gewisse Weise als dritte Person angesehen —, er kann Gläubiger und Schuldner des Peculium werden; L. 49. §. 2. D. *de peculio.* Vgl. L. 9. §. 4. *eod.*

5) L. 47. §. 5. 6. D. *de pecul.*

6) Vgl. L. 48. D. *de pecul.* L. 10. C. *quod cum eo, qui in aliena potestate est* (IV. 26.). L. 7. D. *de donat.* (XXXIX. 5.).

8) a) L. 53. D. *de pecul.* Vat. Fr. §. 260.; (zur Geltendmachung der Forderungen bedurfte es aber besonderer Commissionen). — b) L. 3. §. 4. in f. D. *de minorib.* (IV. 4.).

9) L. 11. D. *de castr. pec.* (XLIX. 17.). — L. 5. *eod.* — L. 1. C. *eod.* (XII. 37.).

10) L. 1. in f. L. 3. D. *ad Sct. Mac.* (XIV. 6.). L. 15. §. 1. u. 3. D. *h. t.* (XLIX 17.). L. 4. D. *de jud.* (V. 1.). Pr. I. *quib. non est permiss. fac. test.* (II. 12). L. 34. pr. D. *de hered. pet.* (V. 3.). — Vgl. L. 20. §. 10. *eod.*

11) L. 2. D. *h. t.* (XLIX. 17.) „Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona ejus non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur".

12) Vgl. L. 37. pr. und §. 1. C. *de inoffic. test.* (III. 28.). L. 4. C. *de advocat. diversor. judicior.* (II. 7.). L. 7. C. *de bonis, quae liberis* (VI. 61.). L. 34. C. *de episc. et cler.* (I. 3.). Nov. 123. c. 19.

13) L. 1. Th. C. *de maternis bonis* (VIII. 18.). L. 1. Just. Cod. *de bonis maternis et materni generis* (VI. 60.).

14) Vgl. L. 6. 7. 9. Th. C. *de mat. bon.* L. 2. 3. Just. Cod. *de bon. mat.* L. 1—5. C. *de bon. quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur, et eorum administratione* (VI. 61.).

15) §. 1. I. *h. t.* (II. 9.). L. 6. u. 8. C. *de bon. quae liberis.* — Von dem s. g. praemium emancipationis s. §. 2. I. *h. t.*

16) L. 6. pr. C. *de bonis quae liberis.* — „Si quis — filiusfamilias — — aliquid sibi acquisierit non ex ejus substantia, cujus in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae, vel laboribus suis ad eum proveniant" —. Vgl. unten Note 21.

17) L. 6. pr. in f. C. *de bon. quae liber.*

18) Vgl. L. 8. pr. u. §. 1. C. *de bon. quae liberis* (VI. 61.). Nov. 117. c. 1. Nov. 118. c. 2. Nov. 134. c. 11. — S. auch L. 50. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.). L. 52. pr. D. *de acq. vel om. her.* (XXIX. 2.).

19) Nämlich die Bezeichnung so verschiedener Rechte wie das der receptitia bona einer Ehefrau, des peculium servorum und des castr. peculium durch den Namen Peculium; die Röm. Juristen nahmen also

keinen Anstand, das völlig unabhängige Vermögen eines homo alieni juris, wie das dem Rechte des paterfamilias unterworfene, Peculium zu nennen. Vgl. auch L. 3. C. *de bon. quae lib.* — „ut — — non ad patres *jure peculii* transmittantur" —.

20) Schon zur Zeit der classischen Juristen setzte man dem castrense und quasi castrense peculium das „in paganis" entgegen; L. 1. §. 6. D. *de donat.* (XXXIX. 5.). — L. 1. C. *de test. milit.* (VI. 21. aus dem J. 212.), — wo die bona, welche ein Soldat (nicht ein *filiusfamilias* miles) in paganico habet, den in castris relicta entgegengesetzt werden. — Und Justinian sagt — „peculii triplex est causa: vel enim paganum est peculium, vel castrense, vel — — quasi castrense" —. L. 37. C. *de inoff. test.* (III. 28.).

21) S Note 16. S. auch L. 31. §. 2. D. *de donat.* „Pater, qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donavit, et peculium emancipatae non ademit" —. (Vgl. oben Note 8. a.) Und §. 1. I. *h. t.* (II. 9.) — „si quid *ex re* patris eis obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur; quae enim invidia est, quod *ex patris occasione* profectum est, hoc ad eum reverti"?

§. 140.

III. Das unter vormundschaftlicher Verwaltung stehende Vermögen.

Das besondere Rechtsverhältniß eines unter vormundschaftlicher Verwaltung stehenden Vermögens beruht im Wesentlichen darauf: der Eigner eines solchen Vermögens ist nicht dispositionsfähig; er darf daher für sich allein weder veräußern [1]), noch sich mit Verbindlichkeiten belasten [2]). Ja auch der Vormund — er mag allein oder in Verbindung mit dem Pflegbefohlnen handeln — ist dabei an die Zustimmung des Magistratus (der Obervormundschaft) gebunden, nämlich bei Veräußerung von Immobilien und anderen werthvollen Effecten [3]), so wie bei Entgegennahme größerer Zahlungen [4]). Der obervormundschaftlichen Genehmigung aber muß eine causae cognitio, auf Ermittelung eines zureichenden Grundes der Disposition gerichtet, vorausgehen [5]). Auf Verwaltung und gehörige Benutzung der Gelder beziehen sich noch besondere gesetzliche Bestimmungen [6]), und wegen Verwendung und Benutzung der Gelder für seine eigenen Zwecke hat der Vormund höhere Zinsen, als die gewöhnlichen, zu zahlen [7]).

1) §. 2. I. *quibus alienare licet vel non* (II. 8.) — — „ideoque si mutuam pecuniam (pupillus) sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis — — — —. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas, alioquin non liberabitur". — Vgl. *Gaj.* II. §. 82. 84. L. 9. §. 2. D. *de auct. tut.* (XXVI. 8.) L. 11. D. *de acquir. rer. domin.* (XLI. 1.).

2) L. 9. pr. D. *de auct. tut.* — §. 9. I. *de inutilib. stipul.* (III. 19.). *Gaj.* III. §. 107.

3) L. 1. §. 2. D. *de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis* (XXVII. 9.). L. 22. L. ult. §. 4. C. *de administr. tut.* (V. 37.). — Vgl. Tit. Cod. *quando decreto opus non est* (V. 72.).

4) L. 25. C. *de administr. tut.* Vgl. §. 2. I. *quib. alienare non lic.* verb. *Sed hoc etiam* sqq.

5) L. 11. D. *de reb. eor.* u. s. w. Vgl. L. 5. §. 11. *eod.* — L. 6. C. *de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis* (V. 71.).

6) Vgl. L. 24. C. *de adm. tut.* L. 3. §. 2 L. 5. pr. L. 7. §. 2. D. *eod.* (XXVI. 7.). — L. 7. §. 11. L. 15 D. *eod.* — Nov. 72. c. 6. 7. 8.

7) L. 7. §. 4. 10. D. *de adm. tut.*

Fünftes Capitel.

Das Erbrecht.

§. 141.

I. Allgemeine Lehren. 1. Begriff, Arten und Gegenstand erbrechtlicher Succession.

Das Erbrecht (als Theil des Rechtssystems) hat zum Gegenstande die Succession in die übertragbaren Rechte und Rechtsverhältnisse eines Verstorbenen. Wer in die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse des Verstorbenen eintritt, heißt heres [1]) — Erbe im e. S. —, die Art des Eintretens per universitatem successio oder acquisitio [2]) — Universalsuccession — und der Gegenstand hereditas [3]), auch familia [4]), — Erbschaft. Es giebt aber auch eine erbrechtliche Succession in besondere Rechte — successio in singulas res [5]) — Singularsuccession —. Sie wird

vermittelt durch eine von dem Erblasser an den Erben gerichtete Auflage, oder durch Anordnung von Vermächtnissen — legata im w. S. [6]), setzt mithin das Dasein einer Universalsuccession voraus, die daher als der Mittelpunkt aller erbrechtlichen Succession zu betrachten ist. Als Object dieser Succession nun ist im Allgemeinen das vermögensrechtliche Verhältniß (die vermögensrechtliche Persönlichkeit) des Erblassers, in activer und passiver Hinsicht, zu bezeichnen [7]); doch gehen auch die sacra privata, nicht als Theil des Vermögens, sondern als mit demselben verbunden, auf den Nachfolger über [8]), ferner die loca religiosa [9]). Was aber sonst nicht zum Vermögen im eigentlichen Sinne gehörte, wird streng von dem Nachlasse ausgeschieden, wenn es auch der rechtlichen Herrschaft des Erblassers unterworfen war und von ihm durch Klagen geltend gemacht werden konnte, wie die s. g. actiones vindictam spirantes [10]) und außerdem von den vermögensrechtlichen Objecten diejenigen, welche aus besonderen Gründen mit der Person erlöschen, wohin besonders die gehören, quae capitis deminutione pereunt [11]).

1) §. 7. I. *de hered. qual. et differ.* (II. 19.) — „veteres — heredes pro dominis appellabant". Vgl. Note 3. u. 7.

2) S. z. B. Pr. I. *de acquis. per adrogat.* (III. 11.). Pr. I. *de success. sublatis* rel. (III. 13.). §. 6. I. *per quas pers. nob. acquir.* (II. 9.)

3) L. 208. D. *de verb. sign.* „Bonorum appellatio, sicut *hereditatis*, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulares res significat". — L. 24. *eod.* „Nihil aliud est hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit". Vgl. L. 62. D. *de regul. jur.* und unten Note 7.

4) Z. B. L. 195. §. 1. D. *de verb. sign.* Vgl. oben § 64. Note 3.

5) Sie wird auch der per universitatem succ. schlechthin als successio *in rem* entgegengesetzt; L. 1. §. 13. D. *quod legator.* (XLIII. 3.).

6) L. 116. pr. D. *de legat.* I. „Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit". — Vgl. L. 36. D. *de leg.* II. — In einer noch weiteren Bedeutung wurde in frühester Zeit der Ausdruck legare genommen: L. 120. D. *de verb. sign.* „Verbis duodecim tabularum his: *uti legassit suae rei, ita jus esto*, latissima potestas tributa videtur et *heredes instituendi*, et legata et libertates dandi, *tutelas quoque constituendi*" —.

7) Vgl. mit den Stellen in der Note 3. noch folgende: L. 50. pr. D. *de her. pel.* (V. 3.) „Hereditas etiam sine ullo corpore juris intel-

lectum habet". L. 119. D. *de verb. sign.* „Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem; *juris enim nomen est*" —. L. 37. D. *de acquir. her.* (XXIX. 2.). L. 3. pr. u. §. 1. D. *de bon. poss.* (XXXVII. 1.).

8) *Cic.* de legib. II. c. 19—21. — Vgl. *Gaj.* II. §. 55. „Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, *ut essent, qui sacra facerent*". — (S. auch oben §. 114. Note 3. Nr. b.) — *Cic.* or. pro Muraena c. 12. — „Sacra interire illi noluerunt: horum ingenio senes ad coemtiones faciendas, interimendorum sacrorum causa, reperti sunt". — Vgl *Gaj.* I. 114.

9) L. 5. L. 6. pr. D. *de religiosis* (XI. 7.). Vgl. oben §. 93. Note 4.

10) §. 1. I. *de perpet. et temporalib. act.* (IV. 12.) — „excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur" —. L. 2. §. 4. D. *de collat.* (XXXVII. 6.) — „magis enim vindictae, quam pecuniae habet vindicationem". — L. 36. §. 2. C. *de inoff. test.* (III. 28.). Vgl. oben §. 93. Note 4. a. E. — Auch die Popularklagen sind von dem Uebergange auf die Erben ausgeschlossen, weil sie nicht zum Vermögen gehören; vgl. L. 1. L. 7. pr. und §. 1. L. 8. D. *de popularib. act.* (XLVII. 23.).

11) L. 1. pr. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (VII. 4.). Vgl. *Gaj.* III. 83.

§. 142.

2. *Hereditas delata, acquisita.* — Delationsgründe des Erbrechts.

Eine Erbschaft ist angefallen (delata hereditas), sobald der zum Erbrecht Berufene befugt ist, sie sich anzueignen [1]), erworben, wenn sie Theil seines Vermögens geworden ist. Während der Zeit von dem Tode des Erblassers bis zum Erwerb heißt es: jacent bona [2]) und der s. g. hereditas jacens wird eine Persönlichkeit zugeschrieben [3]), kraft deren sie Rechte erwerben und mit Verbindlichkeiten belastet werden kann [4]). Bisweilen fällt übrigens der Zeitpunkt der Delation und des Erwerbes zusammen [5]). Es giebt aber zwei Delationsgründe des Erbrechts: Gesetz (hereditas legitima) und Testament (her. testamentaria). Der erste wird durch den zweiten ausgeschlossen, tritt mithin nur ein, wenn kein Testament, oder kein giltiges und wirksames Testament vorhanden ist, weshalb sie auch hereditas ab intestato oder intestati heißt [6]). Ein Zusammentreffen beider Delationsgründe in Beziehung auf dieselbe

Erbschaft ist unstatthaft [7]). Durch Verträge kann nach Röm. Recht Erbrecht weder begründet, noch aufgehoben werden [8]).

1) L. 151. D. *de verb. sign.* „Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi".

2) L. 4. §. 17. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.). Vgl. L. 1. pr. D. *de succ. edicto* (XXXVIII. 9.).

3) Vgl. L. 22. D. *de fidejussorib.* §. 2. I. *de heredib. instit.* (S. oben §. 49. Note 3.) — Es beruht aber diese Persönlichkeit eigentlich nur darauf, daß die Persönlichkeit des Erblassers als noch fortdauernd gedacht wird; s. §. 2. I. *de hered. inst.* L. 31. §. 1. D. *eod.* (XXVIII. 5.) und L. 33. in f L. 34. D. *de acquir. rer. domin.* — — „*Hereditas* — non heredis *personam*, sed *defuncti sustinet*, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est". Vgl. auch L. 1. §. 6. D. *de injur.* (S. §. 54. Note 11. und den dazu gehörigen Text.) Daher auch die mehrmals vorkommende Aeußerung: domini loco habetur hereditas; L. 15. pr. D. *de interr. in jure fac.* (XI. 1.). — S. auch die Citate der folg. Note.

4) S. z. B. L. 44. §. 3. D. *de usurp. et usuc.* (XLI. 3). Pr. I. *de stipul. servor.* (III. 17.). L. 21. §. 1. D. *de negot. gest.* (III. 5.).

5) S. §. 1. u. 2. I. *de hered. qual. et differ.* (II. 19.). Das Nähere hierüber s. unten Abschn. V. dieses Cap.

6) §. 6. I. *per quas person. nob. acquir.* (II. 9.). L. 39. D. *de acquir. v. amitt. her.* (XXIX. 2.) „Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur". L. 8. C. *commun. de succ.* (VI. 59.). Pr. I. *de heredit. quae ab intest. deferuntur* (III. 1.). — *Pauli* rec. sent. Lib. IV. Tit 8. §. 13. — Vgl übrigens L. 130. D. *de verb. sign.* „Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur: quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur".

7) *Cic.* de invent. II. c. 21. — „unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec umquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset". — L. 7. D. *de reg. jur.* „Jus nostrum non patitur, *eundem in paganis et testato et intestato decessisse*, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus".

8) Vgl. L. 61. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.). L. 15. C. *de pact.* (II. 3.). L. ult. D. *de suis et legitim. her.* (XXXVIII. 16).

§. 143.

3. *Hereditas, Bonorum possessio.*

Inst. III. 9. (oder 10.) de bonorum possessionibus.

Durch den Prätor wurde das auf dem Zwölftafelgesetz beruhende Erbrecht allmählig erweitert. Zuerst offen-

barte sich indessen die Thätigkeit des Prätors nur in der Form einer Rechtshilfe für den Civilerben, woher das prätorische Erbrecht überhaupt den Namen der bonorum possessio hat: er gewährte dem, der das meiste Recht für sich zu haben schien, einen provisorischen Erbschaftsbesitz und Schutz desselben durch fictitiae actiones und das interdictum quorum bonorum [1]); bonorum possessio confirmandi s. adjuvandi juris civilis causa [2]). Mehr wurde die allmählige Umgestaltung des Erbrechts vorbereitet durch das successorium edictum [3]), das in seiner ursprünglichen Gestalt wohl nur eine Aufforderung an die testamentarischen und gesetzlichen Erben, so wie an andere durch nahe Bande dem Erblasser angehörige Personen [4]) enthielt, sich in bestimmter Reihenfolge und innerhalb bestimmter Zeitfrist [5]) zum Erbschaftsbesitz zu melden [6]), — agnoscere, admittere [7]), accipere, petere bonorum possessionem. Diese Annahme der bonorum possessio verschaffte dem bonorum possessor dieselben Rechte, welche dem provisorischen Erbschaftsbesitzer bei der b. p. confirmandi juris civilis gratia zustanden (Note 1.). Er schloß jedenfalls diejenigen aus, welche ohne zur Erbschaft oder zur bonorum possessio gerufen zu sein, Erbschaftssachen in Besitz genommen hatten, selbst wenn die pro herede usucapio schon vollendet war [8]), nicht aber auch den Civilerben. Dieser konnte, auch wenn er nicht selbst die B. P. angenommen hatte [9]), sein Erbrecht noch gegen den bonorum possessor geltend machen — evincere hereditatem — und so lange dies möglich war, hieß die B. P. des letzteren sine re [10]). Höchst wahrscheinlich aber schloß der bonorum possessor in Ansehung der von ihm wirklich in Besitz genommenen und usucapirten Sachen auch den Civilerben aus [11]), und so enthielt denn das successorium edictum schon in seiner frühesten Gestalt eine Erweiterung des civilrechtlichen Successionsrechts —, es war eine bonorum possessio emendandi s. supplendi juris civilis gratia [12]). Aber in manchen Fällen war die B. P. des im successorium edictum vor oder neben dem Civilerben berufenen bonorum possessor gleich Anfangs cum re [13]), und so entstand denn die bo-

norum possessio impugnandi s. corrigendi juris civilis gratia [14]). Die Ordnung nun, in welcher die B. P. deferirt wurde, war im Allgemeinen folgende: contra tabulas (testamenti), secundum tabulas, und intestati B. P. [15]). Bisweilen aber konnte die B. P. nicht ohne Weiteres agnoscirt werden, sondern es bedurfte dazu einer causae cognitio und eines förmlichen decretum [16]): b. p. decretalis im Gegensatz der edictalis [17]). Durch kaiserliche Constitutionen wurden die Fälle der B. P. cum re vermehrt [18]), und von den früher nur durch den Prätor zur Succession berufenen Personen erhielten die meisten nach und nach Civilerbrecht, so daß mithin die B. P. unter Justinian ihre praktische Bedeutung zum großen Theil verloren hatte [19]); in der Compilation wird sie jedoch als ein zu voller Geltung bestehendes und von dem Civilerbrecht scharf gesondertes Successionssystem vorgetragen.

1) *Gaj.* inst. IV. §. 144. §. 3. I. *de interdictis* (IV. 15.). — *Ulp.* Fr. Tit. XXVIII. §. 12. „Hi, quibus ex successorio edicto (s. Note 3.) bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris; ideoque seu ipsi agant seu cum eis agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur". Vgl. *Gaj.* III. §. 32. (§. 2. I. *h t.*) u IV. §. 34. „velut quum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit: quum enim praetorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones — —; itaque ficto se herede agit".

2) §. 1. I. *h. t.* — Vgl. L. 7. §. 1. D. *de justitia et jure.* „Jus praetorium est, quod Praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia". — Uebrigens nehmen unsere Rechtsquellen diese und die obigen Ausdrücke nicht gerade immer in der ihnen hier beigelegten bestimmten Bedeutung. S. z. B. Pr. I. *h. t.*

3) L. 1. pr. D. *de successorio edicto* (XXXVIII. 9.) „Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longior mora fieret. E re igitur Praetor putavit, praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congrediantur" —. §. 8. I. *h. t.* — „ne actiones creditorum differentur, sed haberent, quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur —, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit" —. Die Rücksicht auf die sacra wirkte hier auch wohl ebenfalls mit ein, wie bei der usucapio pro herede; *Gaj.* II. §. 55. S. oben §. 141. Note 8.

4) L. 1. D. *quis ordo in possessionib. servetur* (XXXVIII. 15.). L. 2. pr. und §. 3. D. *unde cognati* (XXXVIII. 8.) „Haec bono-

rum possessio nudam habet Praetoris indulgentiam, neque ex jure civili originem habet; nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui jure civili ad successionem admitti non possunt, i. e. cognatos. — — Haec autem bonorum possessio, quae *ex hac parte edicti* datur, cognatorum gradus sex complectitur, et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum et natam". (S oben §. 65. Note 16. a. E) – Tit. Dig *unde vir et uxor* (XXXVIII. 11).

5) S. Note 3 und §. 9. I. *h. t.* „Liberis — et parentibus — in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit". L. 1. §. 12. D. *de succ. edicto.* S. auch die folg. Note.

6) L. 1. §. 10. D. *de succ. edicto.* „Quibus ex edicto b. p. dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris b. p. — competit" —. §. 8. *eod.* „Si intra centesimum diem mortuus sit prior, statim sequens admitti potest". — L. 2 D. *quis ordo in possessionibus servetur* (XXXVIII. 15) „*Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum* — —, scilicet, ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere" —.

7) L 3 § 4. 9 L 5 L 7. D. *de bonorum possession.* (XXXVII. 1.). Vgl. L. 6. §. 3. D. *de acquir. vel omitt. her.* (XXIX. 2.).

8) arg L. 1. pr. D *quorum bonor.* (XLIII. 2.) — „quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, *possideresve si nihil usucaptum esset* — —, *id illi restituas*".

9) Denn dies konnte er, sobald ihn die im Edict bestimmte Reihenfolge traf (L. 1. D. *quis ordo in possessionib. servetur*, §. 1. I. *h. t.*); er hatte dann den besonderen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, welchen das Edict dem bonorum possessor angedeihen läßt (*Gaj.* III. 34. — „heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat; quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cujus principium est *Quorum bonorum*, uti possit" —). Nöthig hatten sie aber die B P. nicht, um sich ihr Erbrecht zu erhalten, oder (wie man jetzt gewöhnlich sagt) die B. P. war für sie nur eine utilis, keine necessaria. S. die folg. Note.

10) *Ulp.* Fr. Tit. XXVIII. 13. „Bonorum possessio aut *cum re* datur, aut *sine re*; cum re, quum is, qui accepit, cum effectu bona retineat, sine re, *quum alius jure civili evincere hereditatem possit*. Vgl. ebendas. XXIII. 6. in f. und *Gaj.* II. 148. 149. III. §. 34. in f. (— „*remota* — *bonorum possessione* ad eos hereditas pertinet jure civili".) §. 35. 36. 37.

11) Dagegen kann man sich nicht auf *Gajus* II. 57. berufen („Senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur, et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset"), indem hier nur von der alten usucapio improba et lucrativa (§. 114. Note 3 b.) die Rede ist; dafür spricht aber insonderheit, daß der Prätor dem bonorum possessor denselben Rechtsschutz angedeihen ließ, wie dem, welcher an einzelnen Sachen den Verjährungsbesitz hatte (vgl. *Gaj.* IV. §. 34. 36.), will man auf Aeußerungen wie folgende: in omnibus vice heredum bonorum possessores habentur (L. 2. D. *de bon. poss.*) und ähnliche (s. Note 1.) auch gar kein Gewicht legen. Vgl. die folg. Note.

12) Im Allgemeinen und abgesehen von einigen nachher zu erwähnenden Modificationen war die bisher geschilderte Beschaffenheit des prätorischen Successionssystems die auch noch zur Zeit der classischen Juristen geltende; dennoch aber betrachten diese die B. P. als ein wahres vom Prätor eingeführtes Erbrecht. S. z. B. L. 2. L. 3. pr. und §. 1. D. *de bonorum possessionib.* (Vgl. auch Note 4.) Dafür konnte sie allerdings noch gelten, selbst noch ehe es bonorum possessiones blos prätorischer Successoren gab, die gleich Anfangs cum re waren, — nämlich kraft der den zur B. P. Berufenen zugestandenen pro herede usucapio. — Vgl. auch §. 2. in f. I. *h. t.* — „angustissimis finibus constitutum per legem XII. tabularum *jus percipiendarum hereditatum Praetor* ex bono et aequo *dilatavit*".

13) L. 6. §. 1. D. *de bon. poss.* — „Quamvis enim jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen *rescindit eorum capitis deminutionem Praetor*".

14) L. 1. §. 1. D. *de bonor. possess. contra tabulas* (XXXVII. 4.).

15) *Ulp.* Fr. Tit. XXVIII. §. 1. „Bonorum possessio datur aut contra tabulas, aut adversus (soll heißen secundum oder juxta) tabulas, aut intestati". — Vgl. L. 1. §. 1. D. *quis ordo in possessionib. serv.*

16) L. 3. §. 8. D. *de bon. poss.* Vgl. L. 2. §. 1. D. *quis ordo in p. serv.* — Veranlassungsgründe zur Nachsuchung einer solchen B. P. können hauptsächlich sein: a) ein Zweifel darüber, ob der sich Meldende überhaupt zu B. P. gerufen sei; s. z. B. L. 14. §. 1. D. *de B. P. contra tab.* (XXXVII. 4.). — b) Eine darüber sich findende Ungewißheit, ob überall ein Erbrecht, oder aus welchem Grunde es deferirt sei, in welchen Fällen den überhaupt dazu befähigten Personen durch eine provisorische B. P. ihr eventuelles Recht gesichert wird; s. L. 1. §. 1. D. *ad Sct. Tertull.* (XXXVIII. 17.). L. 84. D. *de acquir. vel omitt. her.* (XXIX. 2.). — c) Fälle der letzteren Art können auch eine Veranlassung werden, den Erben des Erben eine decretalis B. P. zu ertheilen; L. 4. § fin. L. 5. D. *de B. P. contra tab.* L. 12. D. *de Carbon. edicto* (XXXVII. 10.). — Bisweilen wird die provisorische P. B. nicht sowohl zur Sicherstellung des Erbrechts als vielmehr der Erbschaft oder des Vermögens gegeben: L. 1. pr. D. *de ventre in poss. mittendo* (XXXVII. 9.). Vgl. L. 30. §. 1. D. *de acquir. vel omitt. her.* — L. 1. pr. D. *de Carboniano edicto.* Vgl. L. 7. §. 4. L. 15. D. *eod.* — L. 7. §. 3. 4. C. *de curatore furiosi* (V. 70.).

17) L. 1. §. 7. D. *de successor. edicto.* L. 1. §. 4. D. *si tabulae testamenti nullae exstab.* (XXXVIII. 6.). L. 30. §. 1. D. *de acquir. vel omitt. her.*

18) *Gaj.* II. §. 119. 120.

19) Früher gewährte auch die bonorum p. cum re einstweilen nur das in bonis. Auch dieser Unterschied mußte unter Justinian völlig aufhören (s. oben §. 106. Note 6. 7. und §. 107. S. 156); vielleicht ist hiernach die L. 1. D. *de bon. poss.* interpolirt: „Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque *dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta*".

§. 144.

II. Delation des Erbrechts durch Testament.
A. Begriff und übersichtliche Darstellung der Erfordernisse eines Testaments.

Jede letztwillige Anordnung über den Nachlaß oder andere des Testirers Disposition unterworfene Objecte (z. B. Bevormundung der Kinder) ist ein Testament [1]), insbesondere aber heißt die Anordnung so, welche die Einsetzung eines heres (eines s. g. directen Erben) enthält [2]). Bei keinem Testament darf das fehlen, wodurch die Giltigkeit aller und jeder Rechtsgeschäfte bedingt ist [3]); daher der Satz: certum esse consilium debet testatoris [4]), woraus auch die Bestimmung abzuleiten ist, daß testamentarische Anordnungen nicht geradezu einem Dritten überlassen werden dürfen [5]), ferner die Verordnung des Senatusconsultum Libonianum, daß Niemand eine ihn selbst oder die seiner Gewalt unterworfenen Individuen betreffende Verfügung niederschreiben solle [6]). Das Testamentsrecht steht aber noch unter ganz besonderen Beschränkungen des jus publicum [7]) und zwar 1. in Ansehung der Fähigkeit ein Testament zu errichten [8]), s. g. testamentifactio activa (§. 145), so wie im Testamente eingesetzt zu werden [9]) — s. g. testamentifactio passiva (§. 150); 2. der äußeren Form — s. g. solennitas externa (§. 146 fgg.); 3. des Inhalts (s. g. solennitas interna), in welcher Hinsicht es hauptsächlich ankommt a) auf gehörige Erbeinsetzung (§. 150 fgg.), b) auf Berücksichtigung der Notherbenrechte. (Abschn. IV.)

1) L. 1. D *qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant* (XXVIII. 1) „Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit".

2) §. 2. I. *de codicillis* (II. 25.).

3) S. oben §. 38. — Vgl. L. 72. §. 6. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV. 1.) „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: *sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturum non fuisse*".

4) *Ulp.* Fr. Tit XXII. §. 4. in f.

5) L. 32. pr. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5) „Illa institutio: *quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; *nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum*

jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere".

6) L. 6. D. *de lege Cornelia de falsis et de Senatusconsulto Liboniano* (XLVIII. 10.). L. 1. C. *de his qui sibi adscribunt in testamento* (IX. 23.).

7) L. 3. D. *h. t.* (XXVIII. 1.) „Testamentifactio non privati sed publici juris est". (Vgl. oben §. 22. Note 8.) — Der Ausdruck testamentifactio wird auf das Testamentsrecht in dessen ganzem Umfange bezogen, also auch auf die Handlung des Testirens (s. das Fragm. des Ael. Gallus bei *Festus* de V. S v. *nexum est*). Vorzugsweise bedeutet es die persönliche Fähigkeit der Theilnahme bei einem Testament, — als Testirer, als Erbe oder Vermächtnißnehmer, als Zeuge (s. die folgenden Noten). Genau genommen ist nun testamentifactio in diesem Sinne ein Theil der Römischen Rechtsfähigkeit (wie connubium, commercium, s. oben §. 53. Note 1.); unsere Rechtsquellen wenden aber den Ausdruck nach seiner rein materiellen Geltung an. So wird dem servus, der doch entschieden die Röm. Rechtsfähigkeit nicht hat, testamentifactio zugeschrieben, weil er im Testament bedacht werden kann. S. Note 9.

8) *Gaj.* II. § 114. — „si quaeramus, an valeat testamentum? inprimis advertere debemus, an is, qui id fecerit, *habuerit testamentifactionem*".

9) *Gaj.* II. § 118 in f. — „velut peregrino, *cum quo testamentifactio non sit*". —. *Ulp.* Fr. Tit XXII. §. 1. — „qui testamentifactionem cum testatore habent". L. 16. D. h. t. (XXVIII. 1.) „Filiusfamilias, et servus alienus, et postumus, et surdus *testamentifactionem habere dicuntur*: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi, vel aliis acquirere possunt" —; §. 4 I. *de hered. qualit. et differ.* (II. 19). Auch auf die Fähigkeit, Zeuge bei einem Testament zu sein, wird der Ausdruck bezogen: *Ulp.* Fr. Tit. XX. § 2. in f. — „quinque testes, cum quibus testamentifactio est". Vgl. L. 18 pr. in f D. *h. t.* — S. auch L. 18 §. 1. *eod.* — „Si quis ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut *intestabilis* sit: ergo *nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi*". L. 26. *eod.* „Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius — *neve ipsi dicatur testimonium*". — §. 6. I. *h. t.*

§. 145.

B. Insbesondere 1. von dem Recht zu testiren.

Tit. Inst. Quibus non est permissum facere testamentum (II. 12.).

Wer testiren will, muß die dazu erforderliche natürliche und juristische Fähigkeit haben. Jene fehlt den willenlosen Personen, nämlich Unmündigen [1]) und Verstandeslosen [2]), Taubstummen [3]) und Anderen, welche aus physischen Gründen außer Stande sind Das zu beobachten, was die Ge=

setze zu einem rechtsgiltigen Testament erfordern [4]). Juristische Unfähigkeit wird hauptsächlich begründet durch den Mangel der Civität [5]) und durch die Unterwerfung unter eine häusliche Gewalt, weshalb denn weder servi testiren dürfen [6]), noch Hauskinder [7]), außer über ein peculium castrense und quasi castrense [8]). Ferner sind von dem Recht zu testiren ausgeschlossen die prodigi [9]) und außerdem die zur Strafe für intestabiles erklärten Personen [10]).

1) §. 1. I. *h. t.* — „testamentum facere non possunt impuberes, *quia nullum eorum animi judicium est*". Diesen Grund muß man freilich bis dahin gelten lassen, wo das Gesetz sie für mündig erklärt, d. h. von dem letzten Tage des zwölften oder vierzehnten Jahres; L. 5. D. *h. t.* (XXVIII. 1).

2) §. 1. I. *h. t.* — „item furiosi, quia mente carent". Vgl. L. 2. und L. 17. D. *h. t.* (XXVIII. 1.).

3) §. 3. I. *h. t.* Vgl. L. 10. C. *qui test. fac. possunt, vel non* (VI. 22.) — „Ubi autem et hujusmodi vitii non naturalis (nicht angeboren) — accidit calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit, et aures conclusit, si ponamus hujusmodi personam literas scientem, omnia — — ei sua manu scribenti permittimus". Früher war Taubheit oder Stummheit allein schon ein Unfähigkeitsgrund. *Ulp.* Fr. Tit. XX. §. 13. „Mutus, surdus — — testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest, surdus, quoniam verba familiae emtoris exaudire non potest".

4) L. 29. C. *de testament. et quemadm. testamenta ordinentur* (VI. 23.) — „Si enim talis est testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest, mortuo similis est" —.

5) Vgl. übrigens *Ulp.* Fr. Tit. XX. §. 14. „Latinus Junianus, item is, qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Junia prohibitus est (s. oben §. 61. Note 5.), is autem qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, quum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus (i. e. secundum) leges civitatis suae testetur".

6) L. 16 pr. D. *h. t.* (s. Note 9. des vor. §) — Vgl. auch L. 8. pr. D. *eod.* „Ejus, qui apud hostes est, testamentum non valet, quamvis redierit". — Ferner: L. 14. D. *h. t.* „Qui in testamento domini manumissus est, si ignorat dominum decessisse aditamque esse ejus hereditatem, testamentum facere non potest, licet jam paterfamilias et sui juris sit; *nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest*". S. auch die folg. Note.

7) Pr. I. *h. t.* — „adeo quidem, ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint". (S. übrigens L. 25. §. 1. D *de mort. causa donat.* XXXIX. 6) — Vgl. L. 15. D. *h. t.* „De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt". S. die vor. Note a. E.

8) Pr. I. *h. t.* (Vgl §. 139. Note 11.)

9) §. 2. I. *h. t.*

10) S. L. 18. §. 1. D *h. t.* (§. 144. Note 9.). L. 3. C. *de apostatis* (1. 7.). Auch die zum Tode oder zu einer magna capitis deminutio Verurtheilten sind unfähig zu testiren; L. 8. D. *h. t.* S. übrigens Nov 22. c. 8. und vgl. oben §. 57. Nr c.

§. 146.

2. Von der Testamentsform.

Tit. Inst de testamentis ordinandis (II. 10.).

Testamente wurden früher in den Volkscomitien errichtet, welche zu dem Ende zweimal im Jahre gehalten zu werden pflegten [1]). Das praktische Bedürfniß veranlaßte das Aufkommen des testamentum per aes et libram, oder des Manzipations-Testaments [2]), wodurch denn die ältere Form allmählig ganz außer Gebrauch kam [3]). Wie bei allen Anwendungen des Manzipationsritus (§. 40. I. c.) gestaltete sich auch hier die Form nach dem besonderen Zwecke des Geschäfts auf eigenthümliche Weise. Der Erbe — oder der den Erben vorstellende familiae emtor [4]) — sprach die Worte: familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio, eaque, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi emta, indem er dabei die Waagschale mit der Kupfermünze berührte. Hierauf folgte die nuncupatio, d. h. der Testirer, die Testamentstafeln vorzeigend, sprach: haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote [5]). Ob bei dem Aufkommen des Manzipations-Testaments eine s. g. nuncupatio specialis, oder die vollständige mündliche Angabe des Inhalts erforderlich, oder wenigstens möglich war, ferner, ob die tabulae testamenti von den Anwesenden besiegelt werden mußten? ist mit Sicherheit nicht zu ermitteln. Gewiß ist, daß in der Folge mündliche Testamente neben den schriftlichen vorkamen [6]), eine Besiegelung der letzteren aber für nothwendig erachtet wurde [7]). Es gab auch der Prätor aus

einem mit der gehörigen Anzahl von Siegeln besiegelten Testament eine secundum tabulas bonorum possessio [8]); selbst wenn nicht nachgewiesen werden konnte, daß der Manzipationsritus beobachtet sei, wenn also das Testament auch kein vollständiges oder rechtlich giltiges nach Civilrecht war [9]). Allmählig verliert sich (wenn gleich nicht in allen Theilen des Reichs) der Gebrauch, per aes et libram zu testiren, imgleichen das Ansehen des s. g. prätorischen Testaments. Es bilden sich neue Testamentsformen aus, zum Theil auf Grundlage der früheren, durch kaiserliche Constitutionen anerkannt und näher bestimmt [10]).

1) *Gaj.* II. §. 101. — Von diesem Testament in calatis comitiis verschieden war noch das test. in procinctu. Daher sprechen die Alten von duo genera testamentorum, die in den allerältesten Zeiten üblich gewesen seien, „nam aut calatis comitiis — —, aut *in procinctu*, i. e. quum belli causa ad pugnam ibant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus: alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in praelium exituri". *Gaj.* II. §. 101. Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XX. §. 2. und §. 1. I. *h. t.*

2) *Gaj.* II. §. 102. „Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, i. e. patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet; quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur".

3) *Gaj.* II. §. 103. — §. 1. in f. I. *h. t.*

4) *Gaj.* II. §. 103. – „olim familiae emtor, i. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur — —, *alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emtor adhibetur*".

5) *Gaj.* II. §. 104.

6) L. 25. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.). L. 8. §. 4. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). Vgl. die folg. Note a. E.

7) Schon unter Augustus ist das Signiren üblich. *Sueton.* vita Tiber. c. 23. Vgl. ibid. vita Neron. c. 17. und *Pauli* rec. sent. Lib. IV. Tit. 6. §. 1.

8) *Cic.* in Verrem I. 95. „Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege (*Cornelia testamentaria?*) oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo". — §. 2. I. *h. t.* Vgl. *Theophil.* in paraphr. ad §. 2. und 14. eod. tit. — „Praetor testamentum non scriptum haud novit: *qui enim nosceret, utpote qui signa semper requirat?*

9) *Gaj.* II. §. 119.

10) Vgl. L. 4. Th. C. *de testam.* (IV. 4.). Nov. Theodos. II. *de testamentis* (seu Lib. I. Nov. 16.). Nov. Valent. III *de testam.* (seu Lib. II. Nov. 21.) c. 1. — §. 3. in f. I. *h. t.* Vgl. auch die Citate zu den folg §§.

§. 147.

a. Oeffentliche, Privat-Testamente.

Neben den bisher beschriebenen Testamentsformen wurde es unter den späteren Kaisern üblich, seinen letzten Willen zu dem Protokoll einer öffentlichen Behörde zu verlautbaren —, publicare apud officium, apud acta judicum, municipum u. s. w.[1]). Auch erklärten die Kaiser jede sonstige Form für überflüssig, wenn der Erblasser seine letztwillige Verfügung zur Kenntniß des Kaisers und seines Staatsraths bringe[2]). Die auf diese Weise (und überhaupt die unter Mitwirkung einer Behörde) entstandenen Testamente nennen wir öffentliche (testamenta publica) und setzen ihnen die auf Privatsolennitäten beruhenden entgegen.

1) L. 4. Th. Cod. *de testam.* (IV. 4.) oder L. 18. C. *de testam.* (VI. 23.) a. d. J. 397.

2) L. 19. C. *de testam.* (a. d. J. 413.). Vgl. Nov. Valent. *de testam.* c. 1.

§. 148.

Insbesondere b. von Privattestamenten.
α. Deren regelmäßige Form.

Die regelmäßige Form für Privattestamente erfordert: 1. die Gegenwart sieben fähiger und auf gehörige Art requirirter Zeugen[1]). Ein Mangel der Fähigkeit kann seinen Grund haben entweder in physischen Ursachen, oder in juristischen[2]). Aus dem letzteren Grunde sind denn auch die in dem Testament eingesetzten Erben ausgeschlossen, so wie diejenigen, welche mit dem Testirer oder dem Erben durch das Verhältniß der väterlichen Gewalt verbunden sind[3]). 2. Ein zweites Erforderniß ist: Einheit des Orts und der Zeit (s. g.

unitas actus), m. a. W. die Testamentshandlung darf weder getheilt, noch durch Einmischung anderer Geschäfte oder durch längere Unterbrechungen gestört sein [4]). — Schriftliche Testamente erfordern überdies, außer einer leserlichen Schrift ohne notae [5]), die Unterschriften des Testirers und der Zeugen [6]), so wie eine Besiegelung durch dieselben [7]); daß das Testament erst bei der Solennisirung niedergeschrieben, oder auch nur sein Inhalt den Zeugen bekannt gemacht werde, ist nicht nöthig [8]). Dagegen gehört es zum Wesen des mündlichen Testaments, daß der Testirer seinen letzten Willen in einer den Zeugen verständlichen Sprache laut und deutlich erkläre [9]).

1) L. 21. § 2. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 5.) — — „testes *rogati* esse debent, *ut testamentum fiat*" — —. Vgl. L. 9. C. *de testam.* (VI. 23). „Si — — testes non *in conspectu testatoris* testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet".

2) §. 6. I. *h. t.* „Testes — adhiberi possunt ii, cum quibus testamentifactio est; sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque mutus, neque surdus, neque furiosus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numero testium adhiberi".

3) §. 10. I. *h. t.* (Vgl. *Gaj.* II. §. 105—108.) — S. übrigens §. 8. I. *h. t.* „Pater, nec non is, qui in potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris sunt potestate, utrique testes in uno testamento fieri possunt, quia *nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*".

4) §. 3. I. *h. t.* L. 21. §. 3. D. *qui test. fac. poss.* L. 28. pr. C. *de testam.*

5) L. 6. §. 2. D. *de bon. poss.* (XXXVII. 1.) „Notis scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas literas non esse, Pedius libro vicesimo quinto ad edictum scribit". — Das Material ist gleichgiltig: L. 1. pr. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). L. 15. in f. C. *de testam.* — Vgl. L. 4. D. *de bon. poss. sec. tab.* „Chartae appellatio et ad *novam* chartam refertur, et ad *deletitiam*; proinde et si in *opistographo* quis testatus sit, hinc peti potest bonorum possessio".

6) §. 3. I. *h. t.* L. 21. pr. L. 28. §. 1. C. *de testam.* — „Quum constitutione — cavetur, quatenus septem testium praesentia — requiratur et subscriptio a testatore fiat, vel ab aliquo pro eo, et constitutio sic edixit: *octavo subscriptore adhibito*, et quidam testamentum suum omne manu propria conscripsit et post ejus literas testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt, — — et testamentum — dubitabatur an irritum factum esset, — sancimus, si quis sua manu totum testamentum — conscripserit et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecerit —,

non alia subscriptio requiratur, neque ab eo, neque pro eo ab alio" —.

7) §. 3. I. *h. t.* — constitutum est, ut — — — ex edicto Praetoris *signacula testamentis imponerentur"* —. L. 22. §. 7. D. *qui test. fac. poss.* „Signatas tabulas accipi oportet, et si linteo, quo tabulae involutae sunt, *signa impressa fuerint"*. Vgl. auch *Pauli* rec. sent. Lib. IV. Tit. VI. §. 1. „Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes — — adhibeantur, qui signaverint testamentum, ita ut *agnitis signis, rupto lino aperiatur"* —. (S. auch die folg. Note). — Vgl. L. 22. §. 4. D. *qui test. fac.* „Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, veruntamen signaverit, pro eo est, atque si adhibitus non esset; et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, — idem dicemus". — L. 22. §. 2. et 5. eod. — §. 5. I. *h. t.* „Possunt autem omnes testes et *uno annulo signare"* —.

8) L. 21. pr. C. *de testam.* — „licere, per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam vel tantum clausam involutamque proferre scripturam — —, eamque — — omnibus simul offerre signandam et subscribendam; dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit" —.

9) L. 21. pr. D. *qui test. fac. poss.* L. 21. §. 2. L. 26. C. *de testam.*

§. 149.

β. Abweichungen. a. Vermehrte Solennitäten.

Ist der Testirer des Schreibens unkundig, will jedoch schriftlich testiren, so muß an seiner Stelle ein Achter als subscriptor zugezogen werden [1]). Das Testament eines Blinden aber erfordert stets die Zuziehung eines tabularius oder eines achten Zeugen. Auch soll der Blinde, wenn er mündlich testirt, nicht blos die Namen der Erben angeben, sondern auch ihren Stand und sonstige Unterscheidungsmerkmale genau bezeichnen, hiernächst aber seine Erklärung in Gegenwart der Zeugen von dem Tabularius oder dem achten Zeugen niedergeschrieben und von den Zeugen unterschrieben, auch von ihnen und dem Tabularius besiegelt werden. Hat der Testirer seinen letzten Willen vor dem Testamentsact niederschreiben lassen, so ist der Aufsatz in Gegenwart des Testirers und der Zeugen von dem Tabularius zu verlesen, und, nachdem den Anwesenden auf diese Weise dessen Inhalt kund geworden, der Testirer ihn auch als seinen letzten Willen an=

erkannt hat, auf die vorhin bestimmte Art zu unterschreiben und zu besiegeln [2]).

1) L. 21. pr. L. 28. §. 1. C. *de testam.* (VI. 23.).

2) L. 8. C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22.).

§. 150.

b. Testamente mit verminderten Solennitäten (s. g. privilegirte Testamente).

Tit. Inst. de militari testamento (II. 11.).

1. Soldaten sind bei ihren Testamentshandlungen an Beobachtung von Formen überall nicht gebunden; es genügt, daß eine ernstlich gemeinte Willenserklärung vorhanden und erweislich ist [1]). Dies Privilegium kam erst unter den Kaisern auf [2]), erforderte übrigens zu seiner Anwendung lange Zeit hindurch nur, daß man dem Soldatenstande angehörte, bis Justinian es auf die milites in expeditione beschränkte [3]); dagegen haben es auch die im Schlachtgewühl testirenden Nichtsoldaten in Anspruch zu nehmen [4]). Auch an andere beschränkende Bestimmungen des jus publicum sind Soldaten bei ihren Testamentshandlungen nicht gebunden [5]), nur die Fähigkeit zum Testiren darf ihnen nicht fehlen [6]). Das privilegirte Soldatentestament gilt noch ein Jahr nach der Entlassung des Soldaten aus dem Militärstande, falls die missio eine honesta oder causaria (keine ignominiosa) ist, oder der Entlassene in den Stand und die Rechte eines veteranus eintritt [7]). 2. Auch das besondere Recht des s. g. testamentum posterius imperfectum ist schon den juristischen Klassikern bekannt [8]), wogegen die übrigen Testamentsprivilegien späteren Ursprungs sind. Nämlich 3. das in einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximinian erwähnte, von den Neueren s. g. testamentum tempore pestis conditum, wobei das gleichzeitige Erscheinen und Handeln der Zeugen erlassen ist [9]). Von Justinian eingeführt sind 4. das Privilegium der Landleute (rusticani), nach welchem die Zuziehung von 5 Zeugen genügt, falls nicht mehrere zu haben sind, auch das Testament als ein schriftliches gilt,

wenn nur so viele unterschreiben, als sich Schreibkundige unter denselben befinden [10]); 5. das s. g. testamentum parentum inter liberos, welches nur einen von den testirenden Eltern unterschriebenen schriftlichen Aufsatz erfordert, worin jedoch die Namen der zu Erben eingesetzten Kinder, die in dem Testamente bestimmten Erbquoten und sonst erwähnten Gegenstände der Verfügung, so wie das Datum eigenhändig auszudrücken sind [11]). Auch über das früher schon einem Testirer zustehende Recht, der künftigen Erbtheilung halber Anordnungen zu treffen [12]), setzte Justinian einiges Eigenthümliche für den Fall fest, wenn dergleichen Anordnungen von Eltern ausgehen [13]).

1) L. 40. pr. D. *de testamento militis* (XXIX. 1.). L. 15. C. *eod.* (VI. 21.). — Vgl §. 4. I. *h. t.*

2) L. 1. pr. D. *h. t.* (XXIX. 1.). — Ein Vorrecht der Soldaten enthält schon das alte test. in procinctu, wenigstens seitdem die comitia militaria (*Liv.* III 51.) aufhörten, d. h. das Recht des Heers, Beschlüsse zu fassen, wie in einer Volksversammlung, demselben entzogen ward. Auch führen unsere Quellen ausdrücklich das test. in proc. als eine neben dem test. calatis comitiis bestehende besondere Form an. S. §. 146. Note 1.

3) L. pen. (17.) C. *h. t.* (VI. 21.). Pr. I. *h. t.* und dazu Theophilus in der Paraphrase

4) L. ult. D. *h. t.* — „si *in hostico* deprehendantur". L. un. pr. D. *de B. P. ex test. milit.* (XXXVII. 13.) — „si *in hostico loco* deprehendantur, et illic decedant" —.

5) S. z. B L. 7. D. *de regul. jur.* (oben §. 142. Note 7.) und §. 6. I. *de exhered. liberor.* (II. 13.).

6) Vgl. L. 10. D. *h. t.* Pr. I. *quib. non est permiss. facere test.* (II. 12.). — S. übrigens L. 4. L. 11. pr. und §. 1. D. *eod.*

7) §. 3. I. *h. t.* L 26. D. *h. t.* (Vgl. oben §. 53. Note 7.)

8) L. 2. in f. D. *de injusto, rupto, irrito facto test.* (XXVIII. 3.). Vgl L. 21. § 3. C. *de testam.* (VI. 23.).

9) L. 8. C. *de testam.*

10) L. ult. C. *de testam.*

11) Nov. 107.

12) L. 33. L 39. §. 1. D. *fam. ercisc.* (X. 2.).

13) Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3.

§. 151.

3. Wesentlicher Inhalt eines Testaments, oder von der Erbeinsetzung. a. Erbfähigkeit.

Tit. Inst. de heredibus instituendis (II. 14.).

Den wesentlichen Theil eines Testaments bildet die Einsetzung eines fähigen Erben. Erbunfähigkeit hat meistens ihren Grund in dem Mangel der Rechtsfähigkeit [1]). Doch ist die Successionsfähigkeit auch solchen Personen, die sonst rechtsfähig sind, entweder allgemein oder in besonderen Beziehungen abgesprochen [2]), wogegen servi (eigne wie fremde), ungeachtet sie nicht rechtsfähig sind, dennoch testamentarische Successionsfähigkeit haben [3]), wenngleich zunächst auf den Grund der Successionsfähigkeit ihrer Herren [4]). Manche Gründe giebt es, welche die testamentarische Successionsfähigkeit nur beschränken [5]), wovon als Ursache bald die Persönlichkeit des Honorirten anzusehen ist [6]), bald dessen besonderes Verhältniß zum Erblasser [7]), bald der Zweck der testamentarischen Verfügung [8]). In Folge der Regel: incerta persona heres institui nequit [9]), konnten ehedessen auch juristische Personen nicht zu Erben eingesetzt werden [10]) und eben so wenig Postumen [11]). Beides änderte sich, jedoch nur allmählig [12]), namentlich aber bedurfte es großer Vorsicht und künstlicher Wendungen, um zu bewirken, daß ein Testament nicht durch agnatio postumi zerstört werde [13]). Das neuere Recht gestattet ganz unbeschränkt die Einsetzung der Postumen, nicht blos der postumi sui, d. h. derjenigen, welche des Testirers väterlicher Gewalt unmittelbar unterworfen werden, oder würden unterworfen gewesen sein, falls dieser bei der agnatio postumi am Leben gewesen wäre, sondern auch der postumi alieni [14]). Jedenfalls ist aber die Wirksamkeit der Einsetzung davon abhängig, daß der eingesetzte Erbe beim Tode des Erblassers, in rerum natura, d. h. wenigstens schon concipirt sei [15]). In allen übrigen Fällen muß die Erbfähigkeit auch schon zur Zeit des errichteten Testaments vorhanden sein [16]); dadurch insonderheit unterscheidet sich der Mangel der Erbfähigkeit von

dem des jus capiendi [17]), oder von den Fällen, wo bei an sich vorhandener Erbfähigkeit die Möglichkeit des Erwerbes testamentarischer Zuwendungen noch von besonderen Bedingungen abhing; wie denn namentlich die Lex Julia et Papia Poppaea solche Beschränkungen des Erwerbrechts für coelibes und orbi eingeführt hatte [18]).

1) Deshalb waren die peregrini ausgeschlossen (*Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 2.), ferner die servi poenae (s. oben §. 57. Nr. 2. c.), endlich läßt sich hieraus auch die Ausschließung der Haeretici und Apostatae erklären; L. 4. u. 5. C. *de haeret. et manich.* (I. 5.). L 3. C. *de apostat.* (I. 7.).

2) S. L. 5. C. *ad Leg. Jul. majest.* (IX. 8). L. 1. C. *de sec. nupt.* (V. 9.). Nov. 22. c. 22. — S. auch unten Note 5 — 8.

3) Pr. §. 1 – 3. I. *h. t.* Vgl. mit *Gaj.* II. §. 185 — 190. und *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 7 — 13.

4) *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 9. „Alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamentifactionem habemus". L. 31. pr. D. *de heredib. instit.* (XXVIII 5.). Vgl. §. 1. I. *h. t.* „Servus — — si a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest –, quodsi alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet".

5) Geraume Zeit hindurch war auch die testamentarische Erbfähigkeit der Frauen durch die Lex Voconia (etwa aus d. J. 585. p. u. c.) beschränkt: *Cic.* de republ. III. c. 10. Orat. in Verr. Lib. I. Act. II. c. 41 — 43. *Gaj.* inst. II. §. 274.

6) Hierher gehört die für mulieres probrosae eintretende Beschränkung (*Sueton.* in vita Domit. c. 8. L. 41. § 1. D. *de testam. milit.* XXIX. 1.), die freilich nur auf das jus capiendi (s. weiter unten den Text) ging.

7) Hierher gehört a) ein strafbares Geschlechtsverhältniß des Testirers zu der von ihm honorirten Person; L. 13. 14. D. *de his quae ut indignis aufer.* (XXXIV. 9.); b) Eingehung einer folgenden Ehe, wodurch Liberalitätshandlungen gegen den Ehegatten oder die Ehegattin zum Besten der aus der früheren Ehe erzeugten Kinder beschränkt werden, L. 6 L. 9 pr. C. *de sec. nupt.* (V. 9.). Nov. 22. c. 27.; c) die Bestimmung, daß man seiner Concubine und den mit ihr erzeugten Kindern nur $^1/_{12}$ seines Vermögens zuwenden darf, wenn rechtmäßige Kinder vorhanden sind, Nov. 89. c. 12.

8) L. 91. D. *h. t.* (XXVIII. 5.). §. 8. I. *quib. mod. test. infirm.* (II. 17.), woraus man die Regel gemacht hat: princeps litis causa heres institui nequit.

9) *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 4. „Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: *quisquis primum ad funus meum venerit*, heres esto; quoniam certum esse consilium debet testatoris". Vgl. *Gaj.* II. §. 238 — 242. §. 25. I. *de legat.* (II. 20.). Vgl. §. 27. *eod.* und dazu Theophilus in der Paraphrase.

10) *Ulp* Fr. Tit. XXII. §. 5. „Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est" —.

11) *Gaj.* II. §. 242. — Postumus heißt ursprünglich das nach dem Tode seines Vaters geborne Kind (*Gellius* N. A. Lib II. c. 16. *Isidori* origin. Lib. IX. c. 5.); die Einsetzungsfähigkeit solcher Postumen, sofern sie die Eigenschaft von sui heredes haben (s. unten §. 156. Note 1—3.), beruhte auf altem Gewohnheitsrecht. (*Ulp.* Fr. XXII. §. 19.). Doch wird der Begriff auch angewandt auf Alle, welche nach errichtetem Testament geboren werden, so wie insonderheit auf diejenigen, welche durch Geburt oder auf andere Art (z. B. durch das Wegfallen eines näheren Descendenten, durch Adoption u. s. w.) zu dem Testirer in ein solches Verhältniß treten, daß ihre Nichtberücksichtigung im Testament die Wirksamkeit desselben hindert; *Ulp.* XXIII. §. 3. *Gaj.* II. §. 138 — 142. S. auch die Citate der Note 13.

12) Auf die Erbfähigkeit der juristischen Personen beziehen sich folgende Stellen: *Ulp.* XXII. §. 5. 6. L. 1. §. 1. D. *de libertis universitatum* (XXXVIII. 3.). L. 1. C. *de sacrosanctis eccles* (I. 2.). — Vgl. L. 19. C. *eod.* L. 24. C. *de episc. et cler.* (I. 3.).

13) L. 29. D. *de liber. et postum.* (XXVIII. 2.). Vgl. *Ulp.* XXII. §. 19.

14) Nach prätorischem Recht konnten die alieni postumi (d. h. alle, die nicht sui heredes des Erblassers sind) längst schon giltig eingesetzt werden, m. a W. es wurde ihnen eine sec. tab. B. P. gegeben; nach Justinians Constitution de incertis personis soll die Einsetzung derselben als eine civilrechtliche bestehen. Pr. I. *de bonor. poss.* Vgl. mit §. 26 — 28. I. *de legat.* und *Gaj.* II. §. 242. 287.

15) L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). Vgl. L. 6. u. 7. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII. 16.).

16) L. 49. §. 1. D. *h. t.* (XXVIII. 5.) — „Id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti, *ut constiterit institutio*, et mortis testatoris, *ut effectum habeat.* Hoc amplius et quum adibit hereditatem esse debet cum eo testamentifactio — —; *medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris — — heredi non nocet*". — Vgl. L. 6. §. 2. *eod.*

17) Vgl. L. 51. pr. und L. 52. D. *de legat.* II. L. 62. pr. D. *h. t.* S. auch die folg. Note.

18) S. *Ulp.* Fragm. Tit. XIII — XVIII. und Tit. XXII. §. 3. Vgl. *Gaj.* II. §. 111. 206 — 208. und 286. Fragm. vet. JCti de jure fisci (corp. jur. Rom. antejustin. Bonn. p. 165 sqq.) §. 3. S. auch unten §. 172. Nr. a.

§. 152.

b. Art und Weise der Erbeinsetzung.

Die Einsetzung eines Erben mußte noch zur Zeit der classischen Juristen durch verba solennia erfolgen [1]); nach dem Recht der Constitutionen genügt dazu jede die Absicht des Testirers hinreichend deutlich bezeichnende Willenserklärung [2]). Auch daß die Erbeinsetzung den übrigen Dispositionen des Testaments vorangestellt werde, ist nach neuerem

Recht nicht mehr nöthig[3]). Es kann die Erbeinsetzung auch bedingt (d. h. unter einer Suspensivbedingung) erfolgen[4]), in welchem Falle der eingesetzte Erbe auch noch vor eingetretener Bedingung den Besitz der Erbschaft gegen Cautionsleistung erhält[5]). Unmögliche Bedingungen, sowie die rechtlich und sittlich unzulässigen sind als gar nicht vorhanden (pro non scriptis) zu achten, d. h. die Disposition gilt, von einer Verbindlichkeit die Bedingung zu erfüllen kann aber natürlich nicht die Rede sein[6]), wogegen captatorische Dispositionen, d. i. die unter der Bedingung gemachten, daß der Honorirte zu Gunsten des Testirers oder eines Dritten testamentarisch verfüge, ungiltig sind[7]). Unzulässig und als nicht vorhanden anzusehen ist auch die Beschränkung der Erbeinsetzung durch Resolutivbedingung und Zeitbestimmung[8]), wohl aber kann eine Belästigung der Erben in der Form eines Modus (§. 37 a. E.) giltigerweise erfolgen[9]). — Es steht übrigens in der Macht des Testirers, ob er nur Einen oder Mehrere zu Erben ernennen will[10]). Im ersten Fall bekommt der ernannte Erbe stets das Ganze (er ist heres ex asse), auch wenn ihm nur bestimmte Sachen oder Theile zugewiesen sein sollten[11]). Zwischen mehreren Erben wird die Erbschaft nach gleichen Theilen vertheilt, falls nicht der Testirer verschiedene Theile angeordnet hat[12]). Bei einer Theilbestimmung ist in der Regel anzunehmen, daß der Testirer die Eintheilung eines Ganzen (as) in Zwölftheile (unciae) berücksichtigt habe[13]). Doch darf er auch eine andere Vertheilungsart wählen[14]), weshalb denn bei unrichtiger oder ungenauer Anwendung der Theilbegriffe angenommen wird, er habe nur das Verhältniß bestimmen wollen, mithin die genannten Erbquoten zu vergrößern oder zu verkleinern sind[15]). Wenn Einige auf bestimmte Theile, Andere ohne Theile eingesetzt sind, so bekommen diese, was nach Abzug der Theile übrig bleibt[16]), ist aber durch die bestimmte Zutheilung der As erschöpft oder überschritten, so werden die Theile des As verdoppelt oder verdreifacht[17]). Mehrere, denen gemeinschaftlich eine Erbquote zugetheilt ist, heißen conjuncti[18]).

1) *Gaj.* II. §. 117. „Solennis autem institutio haec est: *Titius heres esto.* Sed et illa jam comprobata videtur: *Titium heredem esse jubeo.* At illa non est comprobata: *Titium heredem esse volo.* Sed et illae a plerisque improbatae sunt: *heredem instituo*, item, *heredem facio*". Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XXI.

2) L. 15. L. 21. in f. C. *de testam.* (VI. 23.).

3) §. 34. I. *de legat.* — Vgl. *Gaj.* II. § 229—231. *Ulp.* XXIV. §. 15. Aber auch *Ulp.* XXV. §. 8. *Pauli* rec. sent. Lib. III. Tit. VI. §. 2.

4) §. 9. I. *h. t.*

5) L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11.). — *Muciana cautio*: L. 7. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1.).

6) §. 10. I. *h. t.* — L. 14. D. *de condit instit.* (XXVIII. 7.) „Conditiones contra edicta imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut hujusmodi, quas Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur; et perinde, ac si conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve".

7) L. 64. D. *de leg.* I. „Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus, neque in legatis valent". Vgl L. 70. 71. D. *h. t.* (XXVIII. 5.).

8) §. 9. I. *h. t.* L. 88. in f. D. *h. t.* (XXVIII. 5.).

9) L 8. §. 6. D. *de condit. inst.* L. 6. pr. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1.).

10) §. 4. I. *h. t.*

11) L. 1. §. 4. D. *h. t.* (XXVIII. 5.). §. 5. I. *h. t.* (*verb.* „et si unum tantum" rel.).

12) §. 6. I. *h. t.*

13) §. 5. I. *h. t.* „Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta haec: sextans quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as". — Vgl. L. 8. §. 8. D. *de inoffic. test.* (V. 2.) — „unicum sescuncia, unum ex illis semuncia — excludit". — L. 21. §. 2. D. *de annuis legat.* (XXXIII. 1.) — — „semunciam et sicilicum" —.

14) §. 5. I. *h. t. verb.* „Non autem utique" rel. L. 13. §. 1. D. *h. t.*

15) L. 13. § 2 - 4. D. *h. t.*

16) L. 17. pr. D. *h. t.* — Vgl. L. 23. C. *de legat.* (VI. 37.).

17) §. 6 I. *h. t.* „partibus autem in quorundam personis expressis, si — plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt; si vero totus as completus sit, in partem dimidiam vocantur, et — illi omnes in alteram dimidiam". §. 8. *eod.* „Et si plures unciae, quam duodecim distributae sint, is qui sine parte institutus est, quod *dupondio* deest habebit; idemque erit, si dupondius expletus sit". L. 17. §. 5. D. *h. t.* „Quodsi quis dupondium distribuit, et tertium sine parte instituit, hic — in trientem venit".

18) L. 142. D. *de verb. sign.* „Triplici modo conjunctio intelligitur: aut enim *re* per se conjunctio contingit, aut *re et verbis*, aut *verbis tantum*". — L. 15. pr. L. 59. §. 2. L. 66. D. *h. t.*

§. 153.

c. Substitution. α. Eigentliche oder Vulgarsubstitution.

Tit. Inst. de vulgari substitutione (II. 15.).

Es kann Jemand auf den Fall, daß der von ihm ernannte Erbe nicht Erbe werden könnte oder wollte, ihm einen anderen substituiren, oder: plures gradus heredum facere [1]). Dies heißt Vulgarsubstitution, da sie jedem Testirer gestattet, — nicht durch besondere Voraussetzungen bedingt ist. (S. den folg. §.). Sind mehrere Erben ernannt, so steht es bei dem Testirer, ob er jedem Einzelnen besonders substituiren, oder die Substitution erst eintreten lassen will, wenn keiner von den im ersten Grade ernannten Erben mehr vorhanden ist [2]); er kann auch Mehrere einem Erben, oder Einen mehreren Erben, so wie die Miterben einander gegenseitig substituiren [3]). Das Recht des Substituten fällt weg, wenn der vor ihm ernannte Erbe die Erbschaft erwirbt [4]); tritt es ein, so erhält der Substitut den Erbtheil dessen, dem er substituirt wurde, falls nicht eine andere Verordnung hierüber sich im Testament findet [5]).

1) Pr. I. *h. t.* — L. 1. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) — „instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio". Vgl. Sueton. vita Octavii c. 101. *Theophili* paraphr. in pr. ad h. t.

2) L. 37. D. *h. t.* (XXVIII. 6.).

3) §. 1. I. *h. t.* „Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt". Letzteres heißt reciproca substitutio; L. 4. §. 1. D. *h. t.* (XXVIII. 6.).

4) L. 5. C. *de impuber. et aliis substit.* (VI. 26.). L. 7. pr. D. *de acquir. her.* (XXIX. 2.).

5) L. 59. §. 3. D. *de heredib. inst.* (XXVIII. 5.). §. 2. I. *h. t.*

§. 154.

β) Pupillar- und s. g. Quasipupillarsubstitution.

Tit. Inst. de pupillari substitutione (II. 16.).

Ein Ascendent kann kraft väterlicher Gewalt seinen Descendenten für den Fall, daß diese vor dem Eintritt der Pubertät mit Tode abgehen würden, einen Erben ernennen[1]); dies heißt Pupillarsubstitution, indem der durch das väterliche Testament berufene Erbe des Pupillen als Nacherbe des Vaters betrachtet wird[2]), ungeachtet der Substitut das dem Pupillen aus irgend einem Grunde erworbene Vermögen erhält, es sogar nicht einmal nöthig ist, daß der Pupille selber Erbe des Vaters sei[3]). Die Pupillarsubstitution kann in dem väterlichen Testament, aber auch in einem besonders für den Pupillen errichteten geschehen[4]), setzt übrigens jedenfalls voraus, daß der Vater sich selber einen Erben in einem zu Recht beständigen Testament ernenne[5]), weshalb denn das pupillarische Testament als pars et sequela paterni testamenti bezeichnet wird[6]). Ernennt der Vater das Kind zum Erben, so kann er ihm zugleich vulgariter (in casum vulgarem s. primum) und pupillariter (in casum secundum) substituiren[7]), ja in der Regel wird die Substitution auf beide Fälle bezogen, wenn auch nur der eine ausgedrückt ist[8]). Die Pupillarsubstitution erlöscht aber, wenn der Pupille die Jahre der Mündigkeit erreicht[9]), oder der väterlichen Gewalt eines Andern unterworfen wird[10]), in der Regel auch, wenn das väterliche Testament seine Wirkung verliert[11]). Ein der Pupillarsubstitution ähnliches Recht hat Justinian den parentes in Beziehung auf wahnsinnige Descendenten eingeräumt[12]); man nennt eine solche Anordnung Quasipupillarsubstitution.

1) *Gaj.* II. §. 179. 180. Pr. I. *h. t.* — „Nam moribus institutum est, ut, quum ejus aetatis sint filii, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant". *L.* 1. pr. D. *h. t.* (XXVIII. 6.).

2) L. 8. §. 1. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVIII. 11.) — „si filius meus moriatur, priusquam in suam tutelam veniat, tunc

Titius *mihi* heres esto". Vgl. *Cic.* de or. II. 32. in f.; de invent. II. 21.

3) §. 4. I. *h. t.* Vgl. *Gaj.* II. §. 182. 183.

4) L. 20. D. *h. t.* (XXVIII. 6.). Vgl. §. 2. 3. I. *h. t.* L. 2. §. 4. *eod.*

5) L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. D. *h. t.* §. 5. I. *h. t.*

6) §. 5. I. *h. t.* Vgl. §. 2. *eod.* — „unum est testamentum duarum causarum, i. e. duarum hereditatum".

7) L. 1. §. 1. D. *h. t.* „Heredis substitutio *duplex* est, aut *simplex*" —. Pr. I. *h t.* L. 8. C. *de impuberum et aliis substitutionib.* (VI. 26.).

8) L. 4. pr. D. *h. t.* Vgl. *Cic.* de or. I. 39. II. 32. — S. aber L. 4. C. *h. t.* (VI. 26.). L. 4. §. 2. L. 45. pr. D. *h. t.*

9) §. 8. I. *h. t.* L. 14. D. *h. t.* — Vgl. L. 38. §. 1. D. *eod.*

10) S. z. B. L. 17. §. 1. D. *de adopt.* (I. 7.).

11) L. 2. §. 1. D. *h. t.*

12) L. 9. C. *h. t.* (VI. 26.). §. 1. I. *h. t.*

§. 155.

III. Delation des Erbrechts durch das Gesetz; (Intestatsuccession). A. Vorbegriffe.

Tit. Inst. de hereditatibus quae ab intestato deferuntur (III. 1.).

Die Intestaterbfolge tritt ein, wenn der Erblasser entweder gar kein Testament errichtet hat, oder kein giltiges, oder kein wirksames [1]). Es fragt sich dabei: 1) wer ist zur Intestaterbfolge überhaupt berufen? (jus succedendi); 2) in welcher Ordnung wird die Intestaterbfolge deferirt? (ordo succedendi), wobei regelmäßig gewisse Classen unterschieden werden, dergestalt, daß die früher berufene Classe die spätere ausschließt; 3) wie wird unter mehrern zugleich berufenen Personen die Erbschaft vertheilt? (s. g. modus succedendi). In dieser letzteren Hinsicht unterscheidet man die successio in capita oder in partes viriles [2]), die succ. in stirpes oder ex stirpibus [3]), d. h. es werden so viele Theile gemacht, als Stämme von Descendenten (wenn auch nicht immer gerade des Erblassers) vorhanden sind, die s. g. succ. in lineas, wenn die Erbschaft nach Ascendentenlinien vertheilt wird. Für manche Fälle sind die Erbquoten auf ganz eigenthümliche Weise bestimmt [4]).

1) Pr. I. *h. t.* „Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit".

2) *Gaj.* III. 16. L. 2. §. 2. D. *de suis et legit. heredib.*

3) §. 6. I. *h. t.* L. 2. C. *de suis et legitimis* (VI. 55.).

4) S. §. 5. I. *de SCto Tertult.* (III. 3.). Tit. Inst. *de succ. libertor.* (III. 7.). Nov. 89. c. 12. §. 4. Nov. 117. c. 5.

§. 156.

B. Darstellung der Intestaterbfolge bis zu den neuesten gesetzlichen Bestimmungen Justinians. 1. Wesentliche Grundlagen der I. Succ.

Die ältere Intestatsuccession beruht auf zweien Grundlagen; diese sind: die durch das Zwölftafelgesetz angeordnete Succession (hereditas legitima) und die des prätorischen Edicts (bonorum possessio intestati). I. Die hereditas legitima wurde nach drei Classen deferirt. In der ersten Classe succedirten die sui [1]), d. h. diejenigen, welche der väterlichen Gewalt [2]) des Erblassers unmittelbar unterworfen waren [3]) und die juristisch diesen gleichstehenden Personen, nämlich alle postumi sui [4]) und die uxor in manu [5]). Die Theilung erfolgte nach Stämmen [6]). In der zweiten Classe wurden die nächsten Agnaten gerufen [7]), und zwar succedirten sie in capita [8]); schon das Vorhandensein eines Näheren schloß die Entfernteren aus, wenn auch jener nicht Erbe wurde, denn: in legitimis hereditatibus non est successio [9]). In Ermangelung von successionsfähigen Agnaten kam die Erbschaft an die gentiles [10]). War der zu Beerbende manumittirt, so trat an die Stelle der Agnaten der Patron [11]), also wenn ein Emanzipirter beerbt wurde, dessen Vater [12]), oder auch der s. g. pater fiduciarius [13]). II. Der Prätor berief die Angehörigen des Erblassers in folgender Ordnung zur bonorum possessio intestati: 1) die Descendenten, sui sowohl als diejenigen, welche ohne eine eingetretene minima capitis deminutio sui gewesen sein würden; b. p. (ex edicto) *unde liberi* [14]). 2) Die nächsten Agnaten, b. p. *unde legitimi* [15]). 3) Die

nächsten Cognaten, b. p. *unde cognati*[16]), jedoch in der Seitenlinie nur bis zu den sobrini und die von diesen Erzeugten[17]); in dieser Classe fand eine successio graduum Statt[18]). Zuletzt wurde 4) der überlebende Ehegatte zugelassen; b. p. *unde vir et uxor*[19]). Uebrigens konnte ein in der früheren Classe Berufener, der sich hier versäumt hatte, auch noch in einer folgenden zugelassen werden, wenn er die Eigenschaft hatte, welche diese Classe erforderte, ein suus also möglicherweise in drei Classen[20]). War der Erblasser manumittirt, so trat auch hier der Patron und Quasipatron an die Stelle der Agnaten; doch galten für diesen Fall noch ganz eigenthümliche Grundsätze, welche eine Vermehrung der gewöhnlichen Classen, zum Theil auch eine Veränderung der regelmäßigen Reihenfolge erzeugten[21]).

1) §. 1. u. 2. I. *de heredit. quae ab intestato deferuntur.* — *Gaj.* II. §. 156. — „sui — heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur". (§ 2. I. *de heredum qualit. et differ.* II. 19). L. 11. D. *de liber. et postum.* (XXVIII. 2.). — Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, tamen domini sunt" —.

2) Eine Mutter konnte also in dieser Classe von ihren Descendenten nicht beerbt werden; s. L. 4. §. 2. D. *de contra tab. bon. poss.* (XXXVII. 4.). „Ad testamenta feminarum edictum — — non pertinet, quia suos heredes non habent".

3) *Gaj.* II. §. 156. — „sed ut nepos neptisve suus heres sit, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque ejus, vivo patre suo, desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet ratione liberatus potestate: tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt". Vgl. §. 2. I. *de hered. qual. et differ.*

4) *Gaj.* III. §. 4. II. §. 133. — §. 4. I. *de heredit. quae ab int. defer.* — Vgl. oben §. 151. Note 11.

5) *Gaj.* III. §. 3.

6) §. 6. I. *de heredit. quae ab int. defer.* (*Gaj.* III. §. 7.)

7) Tit Inst. *de legitima agnator. success.* (III. 3.). *Gaj.* III. §. 9. — Für Personen weiblichen Geschlechts fand hierbei die durch prudentum interpretatio eingeführte Beschränkung Statt, daß sie ultra consanguineas (agnatische Geschwister) nicht zugelassen wurden: *Gaj.* III. §. 14. 23. *Pauli* sent. rec. IV. Tit. 8. §. 22. §. 3. I. *h. t.* (III. 2.). Dagegen succedirten auch die Frauen, welche in manu maritorum gewesen waren, ihren eignen Kindern oder Stiefkindern als consanguineae; *Gaj.* III. § 14. in f.

8) *Gaj.* III. §. 16. §. 4. in f. I. *h. t.* (III. 2.).

9) *Ulp.* Fr. Tit. XXVI. §. 5. *Pauli* rec. sent. IV. 8 § 23. Mos. et Rom. leg. coll. Tit. XVI. c. 2. §. 12.

10) *Gaj.* III. §. 17. *Ulp.* in collat. Mos. et Rom. leg. Tit. XVI. c. 4. §. 2. — S. oben §. 64. Note 10.

11) *Ulp.* Fr. Tit. XXVII. §. 1. *Gaj.* III. §. 40. Pr. Inst. *de success. libertor.* — Vgl. *Cic.* de or. I. 39. — „quum Marcelli ab liberti filio stirpe Claudii patricii gente ad se rediisse dicerent".

12) §. 8. I. *de legit. agnator. succ.* (III. 2.). Vgl. unten Note 20. a. E.

13) §. 3. I. *de bon. poss.* (III. 9.). Vgl. oben §. 80. Nr. 1. a. E.

14) Tit. Dig. *si tabulae testamenti nullae exstabunt, unde liberi* (XXXVIII. 6.). — L. 6. §. 1. D. *de bon. poss.* (XXXVII. 1.) — „Quamvis enim — — liberi — propter capitis deminutionem disierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem Praetor". — Doch sind zwei wichtige Beschränkungen zu merken: a) adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in aliena familia sit"; L. 6 §. 4. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.). b) Die nova clausula *de conjungendis cum emancipato liberis ejus* (XXXVII. 8.).

15) Tit. Dig. *unde legitimi* (XXXVIII. 7.).

16) Tit. Dig. *unde cognati* (XXXVIII. 8.). Tit. Inst. *de successione cognatorum* (III. 5.). Vgl. *Gaj.* III. §. 18—30. (§. 27. „Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, i. e. non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent, sed tertio proximitatis nomine: licet enim capitis deminutione jus legitimum perdiderint, certe cognationis jura retinent".

17) L. 1. §. 3. D. *h. t.* „Haec autem bonorum possessio — — cognatorum gradus sex complectitur, et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum natamve". §. 5. in f. I. *h. t.*

18) L. 1. §. 10. D. *de successorio edicto* (XXXVIII. 9.).

19) Tit. Dig. *unde vir et uxor.* (XXXVIII. 11.).

20) L. 1. §. 11. D. *de successor. ed.* (XXXVIII. 9.) — „poterit igitur ex sequenti parte succedere ipse sibi". L. 4. §. 1. D. *quis ordo in possessionib. serretur* (XXXVIII. 15.). „Filius non solum si tamquam filius, sed et si tamquam agnatus, vel tamquam cognatus ad bonorum possessionem vocatur, annuum spatium habet, sicut si pater filium manumisisset, quamvis ut manumissor bonorum possessionem accipiat, tamen ad b. p. accipiendam annuum spatium habet".

21) *Ulp.* Fr. Tit. XXVIII. §. 7. „Intestati datur b. p. per septem gradus: primo gradu liberis, secundo legitimis heredibus, tertio proximis cognatis, quarto familiae patroni, [quinto] patrono, patronae, item liberis — — patroni patronaeve, sexto viro, uxori, septimo cognatis manumissoris" —. Leg. Mos. et Rom. coll. Tit. XVI. c. 9. §. 2. „Quodsi is, qui decessit, liber fuit absque remancipatione manumissus, lex quidem XII tabularum manumissori legitimam hereditatem detulit; sed Praetor aequitate motus decem personas cognatorum ei praetulit has: patrem, matrem, filium, filiam, avum, aviam, nepotem, neptem, fratrem, sororem" —. §. 3. I. *de bon. poss.* — — „primo loco suis heredibus et his, qui ex edicto Praetoris suis connumerantur dat bon. possessionem, — secundo legitimis heredibus, tertio decem perso-

nis, quas extraneo manumissori praeferebat, quarto cognatis proximis, quinto *tamquam* (al. *tum quem*) ex familia, sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus, septimo viro et uxori, octavo cognatis manumissoris".

§. 157.

2. Erweiterungen des Cognationsprinzips.

Die zahlreichen Aenderungen der J. E. F., welche unter den Kaisern durch Senatusconsulte und Constitutionen erfolgten, erweiterten allmählig das cognatische Erbrecht. Die also zur Erbfolge Berufenen hatten das Recht der Civilerben, wurden mithin zur bonorum possessio als Agnaten gelassen [1]); doch hatte capitis deminutio (minima) auf dies Recht keinen Einfluß [2]). Von einzelnen Bestimmungen sind besonders zu erwähnen das SCtum Tertullianum, wodurch die Mutter, jedoch unter gewissen Voraussetzungen und Beschränkungen, zur gesetzlichen Erbfolge ihrer Kinder gerufen wurde [3]), und das SCtum Orphitianum, welches den Kindern gesetzliches Erbrecht an dem Vermögen der Mutter beilegte [4]). Durch kaiserliche Constitutionen wurde dies auf Großmütter und Enkel ausgedehnt; auch das Erbrecht der Mutter weniger Beschränkungen unterworfen [5]). Auch erweiterten die Constitutionen das Erbrecht d.r cognatischen Descendenten [6]) und Seitenverwandten [7]), bis zuletzt Justinian alle in der Intestatsuccession noch gebliebenen Verschiedenheiten zwischen Cognaten und Agnaten aufhob [8]), und überhaupt ein neues System für die gesetzliche Erbfolge begründete [9]).

1) L. 2. §. 4. D. *unde legitimi* (XXXVIII. 7.). „Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex XII tabularum eum legitimum heredem faciat, sive alia lex senatusveconsultum. Denique mater, quae ex SCto venit Tertulliano, item qui ex Orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt".

2) §. 2. I. *de SCto Orphitiano* (III. 4.). „Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quae ex Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae, quae ex lege XII tabularum deferuntur". L. 11. D. *de suis et legitim. heredib.* (XXXVIII. 16.).

3) Tit. Inst. *de Senatusconsulto Tertulliano* (III. 3.).

4) Tit. Inst. *de Senatusconsulto Orphitiano* (III. 4.).

5) §. 4. I. *de SCto Orphit.* §. 4. 5. I. *de SCto Tertull.*

6) §. 15. 16. I. *de heredit. quae ab int. defer.*

7) L. 14. 15. C. *de legitim. heredib.* (VI. 58.).

8) In anderer Hinsicht bestehen noch Verschiedenheiten (s. unten §. 166. Nr. 1.); auch behält der Begriff einer nur auf Agnation beruhenden Verwandtschaft seine frühere Bedeutung. S. den folg. §. Note 2.

9) Nov. CXVIII a. d. J. 543. Einen Nachtrag dazu enthält Nov. CXXVII. (a. d. J. 547.) c. 1.

§. 158.

C. Die neueste J. E. F. 1. Von der s. g. *successio ordinaria.* a) Allgemeine Regeln.

Da das Intestaterbrecht regelmäßig auf Verwandtschaft beruht, so nennen wir die Intestatsuccession der Verwandten die ordentliche, im Gegensatz der außerordentlichen, die Fälle umfassenden, in welchen das Gesetz auch Nichtverwandte zur Erbfolge beruft. Für jene gelten folgende Regeln: 1) Ein Recht zur Succession giebt Verwandtschaft [1]) mit dem Erblasser [2]), die natürliche nicht bloß, sondern auch die durch Adoption begründete, die letztere jedoch nur in Ansehung der Verwandten des Erblassers, zu denen der Adoptirte in ein Cognationsverhältniß tritt [3]) und nur so lange derselbe zur familia seines Adoptivvaters gehört [4]). Die natürliche Verwandtschaft muß aber, sofern von Beerbung des Vaters oder väterlicher Verwandten die Rede ist [5]), auf ehelicher Erzeugung beruhen [6]). 2) Justinian unterscheidet, wenn auch nicht dem Buchstaben, so doch der Sache nach, vier Classen [7]), und zwar, dem prätorischen Prinzip gemäß, mit successio ordinum, so daß die folgende Classe eintritt, wenn sich auch in der früheren successionsfähige Verwandte finden, allein keiner derselben Erbe wird. 3) Deferirt ist die Intestaterbfolge, wenn überall kein Testament oder ein nichtiges Testament vorhanden ist, sobald der Testirer mit Tode abgegangen ist, sonst aber, sobald es feststeht, daß Niemand aus dem Testament Erbe seyn werde; hiernach bestimmt es sich denn, wer zur Intestaterbfolge berufen ist [8]).

1) Unter Voraussetzung der Erbfähigkeit; über die Gründe der Erbunfähigkeit vgl. oben §. 151.

2) Dies kann nach Justinianischem Recht auch ein noch in väterlicher Gewalt stehender Mensch seyn; vgl. Pr. I. *quib. non est permiss. facere testam.* (II. 12.). L. 3. L. 4. L. 6. §. 1. C. *de bonis quae liber.* (VI. 61.). Vgl. auch oben §. 145. Note 8.

3) L. 23. D. *de adopt.* (I. 7.). L. 1. §. 4. D. *unde cogn.* L. 4. §. 10. D. *de gradib. et adfinib.* (S. oben §. 67. Note 5.)

4) §. 11. I. *de hered. quae ab int. def.* S. oben §. 67. Note 4. u. 7.

5) Denn die Mutter und mütterliche Verwandten werden auch von unehelichen Kindern beerbt; §. 4. I. *de success. cognator.* (III. 5.). „Vulgo quaesitos nullum habere agnatum, manifestum est, quum agnatio a patre, cognatio sit a matre — —; tantum igitur cognati sunt sibi, sicut et matri cognatis" —.

6) Eine Modification enthält Nov. 89. c. 12. §. 4. u. 6. S. §. 159. Note 5.

7) Das Pr. der Nov. 118. erwähnt zwar drei ordines: Descendenten, Ascendenten, Seitenverwandte; allein aus den besonderen Bestimmungen der folgenden Capitel ergiebt sich, daß nur die Descendenten eine für sich bestehende Successionsclasse bilden, mit den Ascendenten aber vollbürtige Geschwister, demnächst aber halbbürtige Geschwister vor anderen Seitenverwandten zur Succession gerufen werden, wodurch denn 4 Classen entstehen.

8) L. 2. §. 5. 6. D. *de suis et legitim. heredib.* (XXXVIII. 16.). §. 7. I. *de heredit. quae ab int. defer.* (III. 1.). §. 6. I. *de legit. agnator. succ.* (III. 2.). — „Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur (proximus) quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem exstiturum: tunc enim proprie quisque intestato decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur; in quo spatio temporis saepe accidit, ut proximiore mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus".

§. 159.

b) Die vier Classen der ordentlichen J. E. F.

1) Zur ersten Classe gehören successionsfähige Descendenten [1]), d. h. eheliche und legitimirte [2]) succediren den beiderseitigen Ascendenten, adoptirte dem Adoptivvater [3]), uneheliche der Mutter und den mütterlichen Ascendenten [4]) Concubinenkinder haben einen Anspruch auf zwei Zwölftheile (unciae) der väterlichen Erbschaft, falls ihr Erzeuger weder eheliche Kinder, noch eine rechtmäßige Gattin zurückläßt [5]). Entferntere Descendenten werden nur durch den näheren ausgeschlossen, von welchem sie selber ab-

stammen; ist dieser bei der Delation der Intestaterbfolge weggefallen, so erhalten sie gemeinschaftlich dessen Antheil, da in dieser Classe eine successio in stirpes Statt findet [6]. In der zweiten Classe ruft das Gesetz die Ascendenten [7], welche der Erblasser beerbt haben würde, wäre er der Ueberlebende gewesen [8], ferner die vollbürtigen Geschwister und deren Descendenten ersten Grades [9]. Ein näherer Ascendent schließt alle entfernteren aus [10], gleich nahe Ascendenten succediren in lineas, wenn sie allein stehen [11], in Concurrenz mit anderen zu dieser Classe gehörigen Personen aber in capita, Geschwister erhalten allemal Kopftheile, Geschwisterkinder Stammtheile [12]. In der dritten Classe succediren halbbürtige Geschwister und deren Kinder ersten Grades, erstere in capita, letztere in stirpes [13], in der vierten alle übrigen Seitenverwandte, je nach der Nähe des Grades. Unter mehreren gleich nahen wird die Erbschaft nach Kopftheilen vertheilt, wegen mehrfacher Verwandtschaft können aber nicht mehrere Theile in Anspruch genommen werden [14].

1) Nov. 118. c. 1.

2) §. 2. I. *de heredit. quae ab int. defer.* L. 10. C. *de naturalib. liberis* (V. 27.).

3) §. 2. I. *de heredit. quae ab int. defer.* L. 10. C. *de adopt.* (VIII. 48.) Vgl. oben §. 78. Note 2. u 3. §. 156. Note 14. Nr. a.

4) §. 3. I. *de SCto Orphit.* (III. 4.). Vgl. §. 157. Note 4. — Siehe übrigens L. 5. C. *ad SCt Orphit.* (VI. 57.) und Nov. 89. c. 15. pr.

5) Nov. 18. c. 5. Nov. 84. c. 12. §. 4. u. 6.

6) Nov. 118. c. 1.

7) Nov. 118. c. 2.

8) Nov. 89. c. 3. Vgl. übrigens L. 10. C. *de adopt.*

9) Nov. 118. c. 2. c. 3. Nov. 127. c. 1.

10) Nov. 118. c. 2.

11) Nov. 118. c. 2. *vers.* Si autem eundum habeant gradum *rel.*

12) Nov. 118. c. 2. u 3. pr. Nov. 127. c. 1. — Die Entscheidung, daß Geschwisterkinder in capita succediren (*Gaj.* III. §. 16.), ist auf die Succession nach dem alten Civilrecht zu beziehen; s. §. 156. Note 8.

13) Nov. 118. c. 3. pr. *vers.* His autem non existentibus —.

14) Nov. 118. c. 3. §. 1.

§. 160.

2. Außerordentliche Intestaterbfolge.

Dahin gehört 1) die Succession des überlebenden Ehegatten, und zwar a) wenn kein successionsfähiger Verwandter vorhanden ist, des Mannes wie der Frau, ex edicto unde vir et uxor [1]), außerdem hat b) die dürftige Ehegattin, selbst wenn sie mit Kindern oder anderen Verwandten ihres Mannes zusammentrifft, einen Anspruch auf eine Quote des Nachlasses, die nie mehr als den vierten Theil des Ganzen, wohl aber weniger betragen darf [2]). 2) Die Succession der Patrone, welche, nach manchen wechselnden Bestimmungen, von Justinian in folgender Art festgesetzt ist [3]): hat der Libertus weniger im Vermögen als hundert aurei, so darf der Patron blos auf das Recht Anspruch machen, welches die Zwölftafelgesetze ihm geben, d. h. er hat ein Intestaterbrecht nach den Kindern des Freigelassenen. Besitzt er mehr Vermögen, so gehen die Kinder des Erblassers dem Patron zwar ebenfalls noch vor, hat er aber keine Kinder oder schließt er dieselben auf gehörige Art von der Erbfolge aus, so darf der Patron auch im Testament nicht übergangen werden; ist dies dennoch geschehen, so erhält der Patron gegen das Testament des Libertus eine bonorum possessio auf den dritten Theil des Vermögens, oder wenn ihm weniger zugewandt ist, auf das, was hieran fehlt [4]). Dasselbe Recht steht auch den Descendenten und den Seitenverwandten des Patrons bis zum fünften Grad zu [5]). Außer den bisher genannten Personen sind noch andere außerordentlicherweise zur Intestaterbfolge gerufen, als die Kirche oder das Kloster, wenn Cleriker oder Mönche [6]), gewisse Corporationen, wenn ein Mitglied derselben ohne sonstige Erben gestorben ist u. s. w. [7]). In Ermangelung aller zur Succession berufenen oder successionsfähigen Personen ist die Erbschaft als bonum vacans dem Fiscus deferirt [8]).

1) Vgl. §. 156. Nr. II. 4. und Nov. 118. c. 4.

2) Nov. 53. c. 6. Nov. 117. c. 5.

3) Tit. Inst. *de successione libertorum* (III. 7.). Vgl. mit *Gaj.* III. §. 39—76.

4) Mehr Recht hatte das prätorische Edict, besonders aber das Papische Gesetz dem Patron gewährt. S. *Gaj.* III. §. 41 sqq. §. 1. 2. I. *de bon. libertor.*

5) §. 3. I. *de bon. libertor.* (Vgl. §. 5. I. *de bon. poss.* III. 3.). L. (restit.) 4. C. *de bon. libertor.* (VI. 4.). — Von der assignatio libertorum (an einzelne Descendenten des Patrons), wovon der achte Titel des dritten Buchs der Instit. handelt, war oben schon die Rede, §. 62. a. E.

6) L. 20. C. *de episc. et cler.* (I. 3.). Nov. 5. c. 5.

7) Tit. Cod. *de hereditatib. decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium* (VI. 62.). — S. auch L. un. C. *si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit* (X. 14.).

8) *Ulp.* Fragm. Tit. XXVII §. 7. L. ult. D. *de successor. edicto* (XXXVIII. 9.). L. 1. 4. 5. C. *de bon. vac.* (X. 10.).

§. 161.

IV. Hindernisse der erbrechtlichen Succession; A. überhaupt betrachtet.

Hindernisse der Succession können ihren Grund haben in dem freien Willen des zur Erbfolge Berufenen, oder in anderen Ursachen. 1) Ein wirksamer Verzicht auf das Erbrecht setzt voraus, daß das Recht bereits deferirt [1]), der Delationsgrund auch dem Erben bekannt ist [2]). Wer aber dolo malo auf das Erbrecht verzichtet, bleibt den Ansprüchen der Vermächtnißnehmer ausgesetzt [3]), und der einmal erworbenen Erbschaft kann in der Regel überhaupt nicht mehr entsagt werden [4]). 2) Hindernisse anderer Art haben ihren Grund a) in der Unfähigkeit des berufenen Erben [5]), b) in dessen Indignität, d. h. aus gewissen Gründen, welche den Berufenen als indignis erscheinen lassen, erhalten Andere (gewöhnlich der Fiscus) dasjenige (oder doch einen Theil davon), wozu Jener durch Gesetz oder Testament gerufen ist [6]); c) in der Ungiltigkeit eines Testaments oder einzelner darin enthaltenen Anordnungen. Hierüber wird das Folgende ein Mehreres enthalten.

1) L. 13. pr. §. 1 u. 2. D. *de acquir. vel omitt. her.* (XXIX. 2.).

2) L. 15. L. 16. L. 17. §. 1. L. 23. D. *de acquir. v. omitt. her.*

3) Tit. Dig. *si quis omissa causa testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem* (XXIX. 4.).

4) L. 4. C. *de repudianda vel abstinenda hereditate* (VI. 31.). Ausnahmen s. unten §. 171. Note 4. 6.

5) S. §. 151., wobei denn nach dem Papischen Gesetz noch die Unfähigkeit zu erwerben (das jus capiendi) von der eigentlichen Successionsfähigkeit zu unterscheiden ist. S. ebendas. Note 17. 18 auch unten §. 172. Nr. a. und Note 10. 11.

6) Tit. Dig. *de his, quae ut indignis auferuntur* (XXXIV. 9.). Tit Cod. *de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SCt. Silanianum* (VI. 35.). Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XIX. §. 17. — caducum, vel *ereptorium* ex Lege Papia Poppaea" —.

§. 162.

B. Von mangelhaften und wirkungslosen Testamenten. I. Allgemeine Bemerkungen.

Die Gründe, weshalb eine letzwillige Anordnung die beabsichtigte Wirkung nicht haben kann, sind entweder gleich Anfangs vorhanden, oder sie treten erst in der Folge ein. In beiden Fällen ist das Testament bald seinem ganzen Inhalte nach wirkungslos, bald können nur einzelne Dispositionen den von Testirer gewollten Effect nicht haben. Dabei werden denn noch die Anordnungen, welche rechtlich als gar nicht vorhanden (pro non scriptis) zu betrachten sind [1]), denen entgegengesetzt, welche an sich giltig bleiben, ungeachtet der Honorirte selber die ihm gemachten Zuwendungen nicht erhält [2]). Es kann aber ein Testament, welches gleich bei seiner Errichtung als ein ungiltiges erscheint, auch dadurch nicht giltig werden, daß in der Folge die Hindernisse wegfallen, welche seiner anfänglichen Giltigkeit im Wege standen [3]), wogegen ein später eintretendes juristisches Hinderniß der Entstehung auch das giltig errichtete Testament in der Regel wieder zerstört [4]).

1) Tit. Dig. *de his quae pro non scriptis habentur* (XXXIV. 8.).

2) S. L. un. §. 3. §. 9. in f §. 12. C. *de caduc. toll.* (VI. 51.). Vgl. mit *Ulp.* Fr. Tit. XVII. §. 3. (Caduca cum suo onere fiunt) und L. 96. §. 1. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1.). Vgl. übr. L. ult. D. *de his quae pro non scr. hab.*

3) L. 201. D. *de regul. jur.* L. 210. *eod.* „Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest". §. 1. I. *quib. non est permiss. fac. test.* (II. 12.).

4) L. 3. in f. D. *de his quae pro non scr. hab.* — „quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur". Ausn. s. L. 6. §. 12. D. *de inj. rupto, irr. f. test.* (XXVIII. 3.).

§. 163.

2. Einzelne Gründe.

Tit. Inst. quibus modis testamenta infirmantur (II. 17.).

I. Gleich anfängliche Mängel haben ihren Grund 1. in dem Nichtvorhandenseyn der activen oder passiven Testamentifactio (§. 145. 151.), 2. in der Unvollständigkeit oder fehlerhaften Beschaffenheit der Dispositionshandlung selbst (§. 144.), 3. in einem Formmangel — in welchem Falle das Testament test. injustum, d. i. non jure conditum heißt [1]), — 4. in der Verletzung von Notherbenrechten (§§. 164 fgg.). Beziehen sich diese Mängel auf den Gesammtinhalt des Testaments, so fällt es seinem ganzen Inhalte nach weg. Dies ist allemal der Fall bei dem Mangel der activen Testamentifactio und beim testamentum non jure conditum [2]); die übrigen Mängel können auch nur die Ungiltigkeit einzelner Dispositionen zur Folge haben [3]), die Wirkung des verletzten Notherbenrechts aber ist nach eigenthümlichen Grundsätzen zu bestimmen. II. Die erst nach der Testamentshandlung eintretenden Hindernisse lassen sich auf drei Gründe zurückführen: 1. der Testirer verliert durch capitis deminutio seine Fähigkeit zu testiren: testamentum irritum fit, oder in irritum constituitur [4]); doch bleibt das Testament eines kriegsgefangenen Römers nach der s. g. fictio legis Corneliae giltig, wenn derselbe in der Gefangenschaft stirbt, oder es wird kraft des postliminium wieder hergestellt, wenn er zurückkehrt [5]), und auch in den übrigen wird aus dem Testament eine secundum tabulas bonorum possessio gegeben, wenn der Testirer seinen früheren status wieder erhält [6]). 2. Die eingesetzten Erben schlagen die Erbschaft aus, oder können die Erbschaft nicht erhalten, weil sie unfähig werden, oder vor dem Testirer starben, oder die Bedingung der Einsetzung defizirt: test. destitutum deser-

tum [7]). 3. Das Testament wird zerstört (rumpitur testamentum) [8]) a) durch postumi agnatio, wofür im Allgemeinen wieder die Regeln vom verletzten Notherbenrecht gelten [9]), b) durch Willensänderung des Testirers, indem derselbe entweder seine Disposition vernichtet [10]), oder ein neues vollständiges Testament errichtet [11]), oder das Testament nach Ablauf von **10** Jahren vor drei Zeugen widerruft [12]). Es kann übrigens ein früheres Testament kraft einer neuen Willensänderung des Testirers wieder hergestellt werden [13]), nach prätorischem Recht auch eine Succession aus mehreren Testamenten bestehen [14]).

1) L. 1. D. *de injusto, rupto, irrito facto testamento* (XXVIII. 3.). Die Alten beziehen den Ausdruck test. injustum auch auf ein Testament, in welchem Notherbenrechte verletzt sind; L. 3. §. 3. L. 6. §. 1. *eod.* und überhaupt heißt test. jure factum ein nach den Regeln des Civilrechts giltig errichtetes Testament. Vgl. auch unten Note 4.

2) L. 4. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.). L. 12. C. *de testam.* (VI. 23.).

3) Selbst der Mangel der passiven Testamentifactio des Erben, falls nämlich fähige Miterben genannt sind.

4) L. 6. §. 5. D. *de inj. rupto, irr. f. test.* §. 4. I. *h. t.* (*Gaj.* II §. 145.). §. 5. I. *eod.* (*Gaj.* II. §. 146.). „Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, *quum alioquin et quae rumpuntur irrita fiant, et quae statim ab initio non jure fiunt, irrita sint, — et ea, quae jure facta sunt et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus — rupta dicere*; sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non jure facta dicuntur, quaedam jure facta rumpi vel irrita fieri". Vgl. L. I. L. 12. pr. D. *de inj. rupto irr. f. test.*

5) §. 5. I. *quib. non est permiss. facere test.* (II. 12.). L. 12. D. *qui test. fac. poss.*

6) §. 6. I. *h. t.* (*Gaj.* II. §. 147.).

7) §. 7. I. *de heredit. quae ab int. defer.* (III. 1.).) §. 2. I. *h. t. vers.: ideoque —*. Vgl. *Gaj.* II. §. 144.

8) §. 1. I. *h. t.*

9) §. 1. I. *h. t.* Vgl. *Gaj.* II. §. 138—143. S. übrigens L. 3. §. 3. D. *de inj. rupto, irr. f. test.* „— apparet, aliam causam esse filiorum superstitum, aliam posteriorum; illi injustum faciunt (s. Note 1.), hi rumpunt" —. L. 12. pr. D. *eod.* „Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen — — bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit" —.

10) Tit. Dig. *de his quae in test. delentur, inducuntur vel inscribuntur* (XXVIII. 4.).

11) L. 2. D. *de inj. rupto, irr. f. test.* Vgl. eben §. 150. Note 8.

12) §. 7. I. *h. t.* L. 27. C. *de testam.* (VI 23).

13) L. 11. §. 2. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.).

14) L. 1. §. 6. D. *de bon. poss. sec. tab.*

§. 164.

3. Insbesondere vom Notherbenrecht.

a) Vorbegriffe.

Notherben nennen wir diejenigen, deren willkührliche Ausschließung von der Erbschaft eine Anfechtung der letzwilligen Verfügung, also eine Succession gegen das Testament zur Folge haben kann. Willkührlich ist die Ausschließung nicht, wenn sie durch Gründe gerechtfertigt werden kann. Manche Notherben (ja nach dem neuesten Recht die meisten) dürfen auch eine förmliche Berücksichtigung in dem Testament verlangen, d. h. eine Erbfolge gegen das Testament ist schon dadurch begründet, daß sie nicht zu Erben eingesetzt, oder nicht enterbt sind; man pflegt sie Notherben im engeren Sinn zu nennen. Enterbung (exheredatio) ist die, in einem formell giltigen Testament [1]) bestimmt erklärte und unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften geschehene Ausschließung des Notherben von der Erbschaft [2]). Die nicht auf gehörige Art erfolgte Berücksichtigung eines Notherben gilt der gänzlichen Präterition gleich, wenn auch die Absicht des Testirers klar ist [3]). Regelmäßig kann nun die Ausschließung des Notherben nur dadurch gerechtfertigt erscheinen, daß derselbe sie wohl verdient, m. a. W. daß er sich der Erbschaft unwerth bewiesen habe; hierauf beziehen sich auch die meisten Vorschriften unserer Rechtsquellen über das Notherbenrecht, und nur davon wird in der folgenden Darstellung die Rede seyn. Es ist aber eine Enterbung auch giltig, wenn dadurch das eigne Beste des Enterbten bezweckt wird und daß dies der Fall sei, aus dem Inhalt der Disposition genügend erhellt [4]); man nennt sie eine exheredatio bona mente [5]). Uebrigens kann die Verletzung des Notherbenrechts entweder Nullität

der Disposition zur Folge haben, oder auch blos die Wirkung erzeugen, daß bestimmte Personen ein Impugnativmittel gegen das Testament erhalten.

1) Denn „codicillis hereditas neque dari neque adimi potest; §. 2. I. *de codicillis* (II. 25.).

2) Sie muß pure erfolgen (L. 3. §. 1. D. *de liberis vel postumis heredibus instituendis vel exheredandis* XXVIII. 2.), und vollständig, d. h. in Beziehung auf alle eingesetzte Erben, instituirte und substituirte (a toto gradu, L. 3. §. 2 sqq. *eod.*), so wie in Beziehung auf die ganze Erbschaft (L. 19. D. *eod.* — „exheredationes — non — adjuvandae").

3) §. 12. I. *de heredit. quae ab intest. defer.* — „liberis praeteritis, i. e. *neque heredibus institutis*, *neque ut oportet* exheredatis" —. L. 16. §. 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) — „si — testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat: *si vivo se filius decedat*, — — testamentum — — non valet, in quo filius praeteritus sit".

4) L. 18. D. *de liber. et postum. heredib. inst. vel exher.* „Multi *non notae causa* exheredant filios, nec ut iis obsint, sed ut iis consulant, utputa impuberibus, iisque fideicommissam hereditatem dant". L. 16. §. 2. D. *de cur. fur.* (XXVII. 10.) — „addita causa necessitateque judicii sui" —.

5) L. 12. §. 2. D. *de bonis libertor.* (XXVIII. 2.). „Si quis *non mala mente* parentis exheredatus sit" —.

§. 165.

b) Das Notherbenrecht bis auf die Nov. 115.

α. Förmliches Notherbenrecht.

Tit. Inst. de exheredatione liberorum (II. 13.).

Die frühere Zeit kennt überall kein Notherbenrecht; wie es scheint, war es selbst noch dem Zwölftafelgesetz fremd [1]). Jedenfalls war es zuerst ein blos förmliches, d. h. der Testirer genügte seiner Verbindlichkeit, wenn er den Notherben auch nur auf etwas Geringfügiges einsetzte oder ihn förmlich (durch exheres esto) enterbte. Bis auf die Novelle 115 hatten aber nur Descendenten auf förmliche Berücksichtigung einen Anspruch, und zwar 1. nach dem alten *jus civile* streng genommen blos der filius suus. Nur dessen Präterition begründete eine successio contra tabulas testamenti und zwar vollständige Nullität des Testaments, so daß es

zur Intestaterbfolge kam [2]): er mußte entweder eingesetzt oder namentlich (d. h. speziell) enterbt werden [3]); auch durfte die Einsetzung unter keiner anderen als einer Potestativbedingung erfolgen [4]). Töchter und Enkel, auch wenn sie sui heredes waren, wurden schon durch eine allgemein gestellte Enterbungsformel: caeteri exheredes sunto (exheredatio inter caeteros) ausgeschlossen [5]), die Postumi dieser Art aber nur, wenn ihnen außerdem ein Legat zugewandt war [6]). Gänzliche Präterition der Töchter und Enkel begründete indessen ein Recht für dieselben, neben den eingesetzten Erben eine gewisse Erbquote in Anspruch zu nehmen [7]). 2. Der Prätor dehnte dies Recht auch auf Emanzipirte und überhaupt auf alle aus, welche rescissa capitis deminutione zur b. p. unde liberi gerufen wurden [8]); auch erforderte er für alle Descendenten männlichen Geschlechts namentliche Enterbung [9]). Präterirte sui und prätorische Notherben erhielten eine contra tabulas bonorum possessio [10]), welche, wenn ein suus präterirt war, das Testament vollständig rescindirte oder Intestaterbfolge herbeiführte, indem diese Wirkung auch ipso jure, d. h. wenn gleich die contra tabulas bonorum possessio überall nicht nachgesucht wurde, eintrat [11]); sonst mußten gewisse Vermächtnisse errichtet werden [12]), und wenn ein eingesetzter Notherbe, dem durch Präterition eines anderen die contra tab. B. P. eröffnet war (commisso per alium edicto), davon Gebrauch machte, der Uebergangene aber darauf verzichtete, so waren sämmtliche Vermächtnisse zu entrichten [13]). 3. Durch eine Constitution Justinians wurde noch festgesetzt, daß alle civilrechtliche oder prätorische Notherben, also auch Töchter und Enkel (versteht sich von Söhnen) entweder zu Erben eingesetzt, oder namentlich und bestimmt enterbt werden müßten [14]).

1) L. 120. D. *de verb. sign.* „Verbis XII tabularum his: *uti legassit suae rei, ita jus esto*, latissima potestas tributa videtur — heredis instituendi —; *sed id interpretatione coangustatum est* vel legum, vel auctoritate jura constituentium".

2) *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 16. Pr. I. *h. t.* (*Gaj.* II. §. 123). L. ult. D. *de lib. et postum.* (XXVIII. 2.). S. auch Note 11.

3) §. 1. I. *h. t.* „Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur: *Titius filius meus exheres esto*, sive ita: *filius*

meus exheres esto, non adjecto proprio nomine; scil. si alius filius non exstet". L. 2. D. *de liber. et postum.*

4) L. 4. pr. D. *de heredib. inst.* (XXVIII. 6.). Vgl. L. 86. pr. *eod.* L. 4. C. *de instit. et substit.* (VI. 25.).

5) *Ulp.* Fr. Tit. XXII. § 20.

6) *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 21. 22. L. 4. C. *de liber. praeter.* (VI. 28.).

7) *Gaj.* II. §. 124. „Caeteras liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum, praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem accrescunt: si sui heredes instituti sint, in virilem, si extranei, in dimidiam" —. *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 17.

8) L. 6. §. 1. D. *de bon. poss.* (XXXVII. 1.). L. 1. pr. L. 3. pr. L. 6. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.). Vgl. den §. 156. Note 14.

9) *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 23. L. 4. C. *de liber. praeter.*

10) Tit. Dig. *de bonorum possessione contra tab.* (XXXVII. 4.).

11) L. ult. D. *de liber. et postum.* L. 1. §. fin. D. *si tabulae test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6.).

12) L. 1. D. *de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.* (XXXVII. 5.).

13) L. 15. pr und §. 1. D. *de legat. praest. contra tab. b. p. pet.* — Vgl. L. 3. §. 11. D. *de bon. poss. contra tab.* „Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessiones vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est, ei contra tabulas dari? Plane, *si alius committat edictum*, et ipse ad c. t. bonorum possessionem admittetur".

14) L. 4. C. *de liber. praeteritis* (VI. 28.). §. 5. I. *h. t.*

§. 166.

β. Das materielle Notherben- oder Pflichttheilsrecht. (*Querela inofficiosi testamenti.*)

Tit. Inst. de inofficioso testamento (II. 18.).

Das förmliche Notherbenrecht galt nur für Descendenten, welche durch das Civilrecht zur Intestaterbfolge, oder durch das prätorische Edict zur bonorum possessio unde liberi gerufen wurden, beschränkte also keineswegs die Testamentsfreiheit der Mutter oder mütterlichen Ascendenten, der Descendenten und noch weniger der Seitenverwandten. Neben demselben kam aber bald ein anderes Recht auf, welches nicht nur in Ansehung der berechtigten Subjecte weiter

ging, sondern auch durch eine blos förmliche Berücksichtigung der Notherben (mittelst Einsetzung oder Enterbung) nicht beseitigt werden konnte. Es ist dies das Recht gewisser Verwandten, wegen unverdienter Enterbung oder Präterition das Testament mittelst einer querela inofficiosi testamenti anzufechten [1]); eingeführt wurde dies Rechtsmittel durch die Juristen und die Praxis des Centumviralgerichts, weshalb es auch centumvirale judicium genannt wird [2]). Doch konnte der Testirer die Querel dadurch verhindern, daß er den berechtigten Personen den vierten Theil dessen, was sie durch Intestaterbfolge erhalten haben würden, zuwandte [3]); dieser Theil heißt der Pflichttheil, oder pars legitima [4]). Durch die Constitutionen der Kaiser (besonders Justinians) erhielt dies Recht genauere und zum Theil sehr veränderte Bestimmungen; es ist wesentlich in folgenden Sätzen enthalten: 1. Pflichttheilberechtigte Personen sind: zur Intestaterbfolge berufene Descendenten, Ascendenten und agnatische Geschwister letztere jedoch nur, wenn ihnen eine turpis persona vorgezogen ist [5]). 2. Die Größe des Pflichttheils ist von Justinian dahin bestimmt, daß er bei weniger als fünf Notherben ein Drittheil, bei mehr als vier die Hälfte des Intestaterbtheils betrage [6]). 3. Die durchgesetzte Querel führt Intestaterbfolge herbei [7]), jedoch in der Regel nur für den Theil des Querulanten [8]). 4. Die Inoffiziositätsquerel ist nicht begünstigt [9]), geht daher nicht auf die Erben des Berechtigten über [10]), ist subsidiär und wird auch durch fünfjährige Verjährung ausgeschlossen [11]). 5. Es kann aber auch das Testament aus dem Grunde nicht angefochten werden, daß der Testirer nicht den vollen Pflichttheilsbetrag zugewandt hat, jedoch steht alsdann dem Notherben eine Klage auf Ergänzung des Fehlenden zu [12]). 6. Der Pflichttheil darf weder durch Bedingungen und Zeitbestimmungen, noch durch Auflagen beschränkt werden; ist dies dennoch geschehen, so sind dergleichen Bestimmungen als nicht vorhanden zu betrachten [13]). Das Recht der Inoffiziositätsquerel ist auch, wenn gleich mit mehreren Modificationen, auf Verletzungen des Pflichttheilsrechts durch Schenkungen unter Lebenden und Dotationen bezogen [14]).

1) Pr. I. *h. t.* L. 5. D. *de inofficioso testamento* (V. 2.) — „Hujus autem verbi *de inofficioso* vis illa, ut dixi, est docere *immerentem se* et ideo *et indigne praeteritum*, vel etiam exheredatione summotum; resque *illo colore* defenditur apud judicem, ut videatur ille *quasi non sanae mentis fuisse*, quum testamentum inique ordinaret". L. 13. in f. *eod.* — „quasi a demente".

2) L. 13. D. *h. t.* (V. 2.). L. 30. D. *de liber. legata* (XXXIV. 3.).

3) L. 8. §. 8. D. *h. t.*

4) L. 33. pr. C. *de inoff. test.* (III. 28.). — Uebrigens wird auch der Theil, den der Patron von dem Nachlasse des libertus in Anspruch nehmen darf (s. §. 160. Nr 2.), pars legitima genannt; L. 19. pr. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.).

5) §. 1. I. *h. t.* L. 15. pr. D. *h. t.* L. 27. C. *h. t.* (III. 28.) — „Fratres vel sorores *uterini* ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis *penitus arceantur*". Vgl. auch L. 1. D. *h. t.*

6) Nov. 18. c. 1.

7) L. 8. § 16. D. *h. t.* L. 17. pr. *eod.*

8) L. 8. §. 8. L. 16. pr. D. *h. t.* S. übrigens L. 17. pr. L. 23. §. 2. D. *eod.*

9) Nämlich wegen des s. g. color insaniae, worin man das Fundament dieser Klage setzte; s. Note 1.

10) L. 6. §. 2. L. 7. L. 8. pr. D. *h. t.* Vgl §. 141. Note 10. — S. übrigens L. 34. und L. 36. in f. C. *h. t.* (III. 28.).

11) L. 34. in f. C. *h. t.* Vgl. L. 36. §. 2. *eod.*

12) L. 30. C. *h. t.* Vgl. L. 35. § 2. L. 36. pr. *eod.* L. 25. pr. D. *eod.*

13) L. 32. C *h. t.* Vgl. L. 36. pr. *eod.*

14) Tit. Cod. *de inofficiosis donationibus* (III. 29.) und *de inofficiosis dotibus* (III. 30.).

§. 167.

c) Das Notherbenrecht nach der Nov. 115.

Die Novelle 115. (c. 3—5. pr.) enthält über das Notherbenrecht folgende Vorschriften: kein pflichttheilsberechtigter Descendent oder Ascendent soll im Testament präterirt werden dürfen; alle sind mithin entweder als Erben einzusetzen oder zu enterben, und zwar unter ausdrücklicher Anführung einer der im Gesetz bestimmten Enterbungsursachen, deren Wahrheit dem Testamentserben zu erweisen obliegt. Descendenten können aus vierzehn Gründen ausgeschlossen werden, von denen einer nur auf Töchter (weib-

liche Descendenten) geht, mehrere nur auf Söhne anwendbar sind; die Enterbung der Ascendenten ist aus acht Gründen möglich, und auch von diesen leidet der eine blos auf den Vater Anwendung. Die Nichtbeobachtung dieser gesetzlichen Vorschrift bewirkt, daß das Testament entkräftet und die Intestaterbfolge eröffnet wird, jedoch bleiben die Vermächtnisse und Vormundschaftsernennungen giltig. Ausdrücklich anerkannt ist das bisherige Recht in einem Punct, darin nämlich, daß es dem Rechtsbestand des Testaments nicht schade, wenn dem Notherben weniger als der volle Pflichttheilsbetrag zugewandt sei, indem derselbe alsdann nur die Ergänzung des Fehlenden fordern dürfe [1]). Im übrigen ist das Verhältniß der neuen Bestimmung zu dem früheren Notherbenrecht zweifelhaft [2]). Als gewiß läßt sich aber ansehen 1. daß in Beziehung auf das Recht der Geschwister es bei dem bisherigen Recht geblieben ist, so wie 2. daß die den testirenden Soldaten zustehende Befreiung von den Beschränkungen des Notherbenrechts [3]) auch durch die Nov. 115. nicht aufgehoben ist, wogegen das gleiche Recht der Nichtsoldaten in Ansehung des peculium castrense und quasi castrense [4]) sich mit den Bestimmungen des neuen Gesetzes nicht wohl verträgt [5]).

1) Nov. 115. c. 5. pr. Vgl. L. 30. C. *de inoff. test.* u §. 166. Nr. 5.

2) S. übrigens Nov. 115. c. 4. in f. „Si quid autem pro legatis — — *aut quibuslibet aliis capitibus* in aliis legibus inventum fuerit huic legi contrarium, *hoc nullo modo volumus obtinere*".

3) §. 6. I. *de exhered. liberor.* (II. 13). L. 7. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.). L. 9. und L. 10. C. *eod.* (VI. 21.). L. 27. D. *de inoffic. test.* (V. 2.).

4) L. 37. C. *de inoffic. test.* (III. 28.). Vgl. auch Nov. 123. c. 19.

5) arg. Nov. 115. c. 3. pr.

§. 168.

V. Erwerb des Erbrechts. A. Grundbedingungen des Erbschaftserwerbes.

Die Möglichkeit jedes Erbschaftserwerbes ist 1. dadurch bedingt, daß die Erbschaft wirklich deferirt ist [1]), womit denn zusammenhängt, daß der besondere Delationsgrund

für den eingetreten sein muß, dem das Erbrecht soll erworben werden können [2]). Demnächst 2. wird Erbfähigkeit des durch Gesetz oder Testament zur Erbschaft berufenen Erben zur Zeit der Delation erfordert [3]). Auch darf 3. kein besonderes rechtliches Hinderniß dem Erwerb im Wege stehen; als solches ist unter anderen [4]) häufig auch ein zu erwartender Postumus anzusehen [5]). Für Descendenten des Erblassers, welche mit anderen Descendenten zur Erbfolge berufen sind, gilt noch die besondere Bedingung eines wirksamen Erbschaftserwerbs, daß sie, um mögliche Gleichheit zu begründen, gewisse von ihnen gemachte Erwerbungen in die Erbmasse einwerfen (conferiren) müssen [6]). Früher beschränkte sich diese Collationsverbindlichkeit auf die vom Prätor zur Erbfolge berufenen Descendenten (Emanzipirte und diesen gleich Gestellte) [7]), so wie auf die Töchter, welche eine Dos erhalten hatten [8]).

1) L. 27. D. *de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.). L. 1. D. *de hered. vel act. vendita* (XVIII. 4.).

2) L. 49. §. 1. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.). — „*Hoc amplius, et quum adibit*, esse debet cum eo testamentifactio". Vgl. oben §. 151. Note 16.

3) L. 3. D. *h. t.* (XXIX. 2.). L. 39. *eod.* „Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur". Vgl. §. 158 Nr. 3.

4) L. 3. §. 18. D. *de SCto Silaniano et Claudiano* (XXIX. 5.). Vgl. *Pauli* rec. sent. Lib. III. Tit. V. §. 1. und 11.

5) L. 30. §. 1. L. 84. D. *h. t.* (XXIX. 2.). L. 1. §. 8. D. *unde cognati* (XXXVIII. 8.).

6) L. 17. L. 19. 20. 21. C. *de collationibus* (VI. 20.).

7) L. 1. pr. D. *de collatione* (XXXVII. 6.).

8) L. 1. pr. L. 9. D. *de dotis collatione* (XXXVII. 7.).

§. 169.

B. Art und Weise des Erwerbes.

Tit. Inst. de heredum qualitate et differentia.

Für manche Erben tritt der Erwerb der Erbschaft ipso jure, mit dem Moment der Delation, auch ohne ihr Wissen

und Wollen ein, für andere bedarf es einer auf Erwerbung gerichteten Erklärung (hereditatis aditio). Jene heißen necessarii heredes, diese extranei oder voluntarii [1]). Necessarii (Zwangserben) sind die sui heredes (gewöhnlich sui et necessarii genannt) und die servi, welche vorzugsweise necessarii heißen [2]). Alle übrigen erwerben erst durch Erbschaftsantretung, diese aber setzt bestimmte Kenntniß der erfolgten Delation und ihres Grundes voraus [3]) und mußte früher in förmlicher Weise, durch das Aussprechen von verbia solennia, also in Person, erfolgen; die Handlung hieß cretio [4]). Zur Zeit der juristischen Klassiker kommt sie als nothwendige Form nur noch in besonderen Fällen vor, namentlich alsdann, wenn der Testirer dem Erben eine bestimmte Antretungsfrist vorschrieb [5]), was vorzugsweise bei Ernennung von Erbschaftssubstituten geschah [6]). Die neuere Zeit kennt überhaupt nur eine formlose hereditatis aditio, welche auch ohne ausdrückliche Erklärung, Erbe werden zu wollen, durch Handlungen anderer Art (pro herede gestio) erfolgen kann. Doch wird noch in den neueren Rechtsquellen die hereditatis aditio als eine Handlung bezeichnet, die keine Stellvertretung leidet [8]). An eine bestimmte Zeit ist sie gesetzlich in der Regel nicht gebunden [9]), wohl aber kann der Testirer eine Deliberationsfrist bestimmen, oder auf das Andrängen von Gläubigern oder Substituten die Obrigkeit [10]), oder es kann sich auch der Erbe selber eine Frist geben lassen [11]), von 9 Monaten oder einem Jahre, je nachdem er sie beim Richter oder beim Kaiser nachsucht [12]). Die bonorum possessio erhält übrigens jeder Erbe, auch der necessarius, nur auf gehöriges Ansuchen binnen der im Edict vorgeschriebenen Zeit [13]).

1) Vgl. Pr. §. 1. u. 2. I. *h. t.* L. 15. D. *h. t.* (XXIX. 2.). L. 20. §. 1. *eod.*

2) §. 1. u. 2. I. *h. t.* *Ulp.* Fr. Tit XXII. §. 24. „Inter necessarios heredes, i. e. servos cum libertate heredes scriptos, et suos et necessarios, i. e. liberos qui in potestate sunt, *jure civili* nihil interest: nam utrique etiam inviti heredes sunt. Sed jure praetorio suis et necessariis heredibus abstinere se a parentis hereditate permittitur; necessariis autem tantum heredibus abstinendi potestas non datur". (Vgl. §. 171. Note 4.). *Gaj.* II. §. 154.

„Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum primo, aut secundo, vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius hujus heredis quam ipsius bona veneant" —.

3) L. 19. L. 22. L. 93. pr. D. *h. t.*

4) *Gaj.* II. §. 164—173. (§. 166. — „debebit intra diem cretionis cernere, i. e. haec verba dicere: *quod me Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*".) Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 28.

5) *Gaj.* II. §. 164. „Extraneis heredibus solet *cretio* dari, *i. e. finis deliberandi*, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur". *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 27. „Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne"—. Ebendas. §. 31. 32. „Cretio aut vulgaris dicitur, aut continua. Vulgaris, in qua adjiciuntur haec verba: *quibus scieris poterisque*, continua, in qua non adjiciuntur" — —. Vgl. *Gaj.* II. §. 171 — 173.

6) Vgl. *Gaj.* II. §. 174. 176—178. *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 34. „Si *sub imperfecta cretione* heres institutus sit, i. e. non adjectis his verbis: *si non creveris*, *exheres esto*, sed si ita: *si non creveris*, *tunc Mevius heres esto*, cernendo quidem superior inferiorem excludit, non cernendo autem, sed pro herede gerendo, in partem admittit substitutum. Sed postea D. Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres".

7) § 7. I. *h. t.* *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 26. „Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur, velut qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat". Vgl. übrigens L. 20. pr. und §. 1. D. *h. t.*

8) L. 77. D. *de regul. jur.* L. 90. pr. D. *h. t.*

9) S. jedoch L. 36. §. 2. C. *de inoff. test.* (III. 28.).

10) L. 23. §. 2. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.). L. 69. D. *h. t.* L. 10. D. *de jure deliberandi* (XXVIII. 8.).

11) L. 1. §. 1. L. 5. D. *de jure deliber.*

12) L. ult. §. 13. C. *de jure deliber.* (VI. 30.).

13) Tit. Dig. *de successorio edicto* (XXXVIII. 9.). Tit. Dig. *quis ordo in possessionibus observetur* (XXXVIII. 15.). L. ult. C. *qui admitti ad bon. poss. possunt* (VI. 9.). Vgl. oben §. 143.

§. 170.

C. Transmission des Erbrechts.

Das Recht, eine deferirte Erbschaft zu erwerben, kann weder auf Andere übertragen, noch vererbt werden[1]). Von dem ersten Satz machte die nach dem früheren Rechte mögliche in jure cessio der hereditas legitima eine Ausnah-

me [2]); mehr Ausnahmen giebt es von dem zweiten [3]). Es gehört dahin besonders a) die für einzelne Fälle, in welchen ohne die Schuld des Erben der Erwerb nicht erfolgen konnte, den Erbeserben noch gestattete Antretung [4]); s. g. transmissio ex cap. in integrum restitutionis. b) Das einem Vater oder Großvater kraft väterlicher Gewalt zustehende Recht, die seinem Hauskinde angefallene, von ihm aber nicht erworbene Erbschaft, für sich zu erwerben [5]); s. g. transm. ex jure patrio. c) Wird ein Descendent zum Erben eingesetzt, so können dessen Descendenten an der Stelle des Erben, gleich als ob sie substituirt seien, die Erbschaft erwerben [6]); s. g. tr. Theodosiana. d) Das Recht des Erbeserben, deren Erblasser innerhalb eines Jahrs nach der Delation oder innerhalb einer ihm gewährten Deliberationsfrist stirbt, während der noch übrigen Zeit die Erbschaft zu erwerben [7]); s. g. tr. Justinianea.

1) L. 4. C. *qui adm. ad B. P. poss.* (VI. 9.). L. un. §. 5. C. *de caducis tollendis* (VI. 51.) „Hereditatem enim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur" —. §. 13. ibid.

2) *Gaj.* II §. 34 - 37. — „Nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, i. e. antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; — — - nostri praeceptores putant, nihil agere *necessarium heredem*, quum in jure cedat hereditatem". Vgl. III. §. 85 — 87. und *Ulp.* Fr. Tit. XIX. §. 11 — 15.

3) Doch sind es nicht gerade immer die Erben, auf welche das Recht transmittirt wird; s. den Fall unter b.

4) S. z. B. L. 86. pr. D. *h. t.* (XXIX. 2.). L. 3. §. 30. 31. D. *de SCto Silaniano* (XXIX. 5.). L. 12. D. *de Carbon. edicto* (XXXVII. 10.).

5) L. 18. pr. u. §. 1. C. *de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate* (VI. 30.). L. 8. pr. und §. 1. C. *de bonis quae liberis* (VI. 61.).

6) L. un. C. *de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt* (VI. 52.).

7) L. 19. C. *de jure delib.* Vgl. L. 72. D. *h. t.* (XXIX. 2.).

§. 171.

D. Folgen des Erbschaftserwerbes 1. im Allgemeinen. (*Beneficium inventarii.*)

Durch die Erwerbung der Erbschaft wird eine Vereinigung der vermögensrechtlichen Verhältnisse des Erben und des Erblassers (confusio jurium) begründet. Es erlöschen also nicht blos die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten [1]), sondern der Erbe tritt auch in die gesammten Forderungsverhältnisse ein, wie wenn er ursprünglicher Gläubiger und Schuldner wäre [2]). Deshalb darf er sich denn auch von der einmal erworbenen Erbschaft nicht einseitig wieder lossagen [3]), mit Ausnahme jedoch der sui et necessarii heredes, welchen der Prätor das jus abstinendi gab [4]), falls sie sich nicht schon immiscirt hatten [5]), ferner der Minderjährigen und Anderer, welche auf eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Erbschaftsantretung Anspruch machen dürfen [6]). Auch kann sich, nach einer Constitution Justinians, der Erbe gegen die Schuldenzahlung aus eignen Mitteln dadurch sichern, daß er binnen der in dem Gesetz näher bestimmten Zeit ein förmliches Erbschaftsinventarium errichtet [7]). Umgekehrt steht es den Gläubigern des Erblassers frei, binnen 5 Jahren nach angetretener Erbschaft eine Trennung des beiderseitigen Vermögens zu dem Zweck zu bewirken, um aus dem Vermögen des Erblassers vor den Gläubigern des Erben befriedigt zu werden [8]).

1) L. 75. L. 95. §. 2. D. *de solut.* (XLVI 3.). Vgl oben §. 124. Nr. a.

2) L 8. pr. D. *h. t.* (XXIX. 2.).

3) S. oben § 161. Note 4.

4) §. 2. in f. I. *h. t.* (II. 19.). Vgl. *Gaj.* II §. 158. *Ulp.* Fragm. Tit. XXII. §. 24. S. oben §. 169. Note 2.

5) Unmündigen schadet übrigens die Immixtion überall nicht, Minderjährige werden dagegen restituirt; L. 57. D. *h. t.* (XXIX 2.).

6) L. 7. §. 5. D. *de minorib.* (IV. 4.). L. ult. pr. u. §. 15. C. *h. t.* (VI. 30.). L. 21 §. 5. D. *quod met. causa* (IV. 2.).

7) L. 22. §. 2 sqq. C. *h. t.* (VI. 30.). Durch das Inventarium kann

der Erbe sich auch noch andere Rechte erhalten und verschaffen; s. die angef. Stelle §. 4 fgg.

8) L. 1. §. 1. u. 13. D. *de separationibus* (XLII. 6.). Vgl. L. 5. *eod.*

§. 172.

2. Besondere Rechte des Erben. a) Das Anwachsungsrecht. (Recht der Caduzität.)

Fällt ein Miterbe weg, ehe er seinen Theil erworben hat, so wird denen, die wirklich Erben werden, der wegfallende Theil ohne Weiteres (ipso jure) erworben [1]); dies heißt das Anwachsungsrecht (jus accrescendi). Es gilt natürlich für Intestaterben so gut, wie für Testamentserben [2]), indem es auf der Untheilbarkeit der familia [3]) beruht, in Folge deren mehrere zusammen zur Erbschaft Berufene stets eventuell auf das Ganze berufen sind. Doch kann es durch Anordnung von Substitutionen ausgeschlossen werden [4]), ingleichen durch ein außerordentliches Transmissionsrecht (§. 170.). Wie viel von dem zuwachsenden Erbtheil an Jeden der übrigen Miterben kommt, richtet sich nach dessen Erbquote [5]). Fällt von mehreren conjuncti (§. 152. Note 18.) Einer weg, so accrescirt dessen Antheil den mit ihm Verbundenen [6]), und eben so beim Wegfallen eines Stammgenossen den mit ihm zu einem Stammtheil berufenen Intestaterben [7]). — Uebrigens erhielt das Anwachsungsrecht testamentarischer Successoren bedeutende Modificationen durch die Vorschriften der Lex Jul. et Pap. Poppaea über die caducorum vindicatio und deren fernere Ausbildung. Es wurde dabei vorausgesetzt, einmal, daß die testamentarische Anordnung an sich giltig — also nicht pro non scripto zu halten war (§. 162. Note 1. 2.), jedoch in der Folge als eine unwirksame erschien [8]). Sodann, daß nicht die ganze Erbeinsetzung wegfiel, indem, wenn dies der Fall war, es zur Intestaterbfolge kam [9]). Caduzität nun trat ein a) auf den Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen, namentlich [10]) wegen Cölibats und Orbität, indem Unverheirathete gar nichts, Kinderlose nur die Hälfte des ihnen Zugewandten erhalten

konnten [11]. Doch waren conjunctae personae ausgenommen, oder: sie hatten das solidi capiendi jus [12], wobei denn noch ein besonderes Recht für Ehegatten galt, denen durch das Testament des anderen Ehegatten etwas zugewandt war [13]. Außerdem fand b) Caduzität in den Fällen Statt, in welchen früher (nach dem jus antiquum) wegen weggefallener Giltigkeit oder Wirksamkeit des Angeordneten das Anwachsungsrecht eingetreten war, oder eine Vermächtnißauflage hatte unerfüllt bleiben können [14]. Descendenten und Ascendenten des Testirers bis zum dritten Grad hatten aber das jus antiquum in caducis, d. h. das Wegfallende accrescirte ihnen oder blieb bei ihnen nach den bisher darüber geltenden Grundsätzen [15]; den heredes oder legatarii *patres* aber stand die caducorum vindicatio zu, d. h. die caduc gewordenen Theile fielen ihnen an, wobei denn noch ein Vorzug des conjunctus Statt fand, wenn der mit ihm Verbundene ausfiel [16]; erst in Ermangelung solcher Honorirten trat das Aerarium, später der Fiscus ein [17]. Die Nachtheile des Cölibats und der Orbität wurden unter den christlichen Kaisern aufgehoben [18] und für die unter b. erwähnten Fälle der Caduzität stellte Justinian das alte Recht, also auch das jus accrescendi seinem ganzen früheren Umfange nach wieder her [19].

1) L. 53. §. 1. D. *h. t.* (XXIX. 2.) „Qui semel aliqua ex parte heres exstiterit deficientium partes etiam invitus excipit, id est, *tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt*". L. 9. D. *de suis et legitimis hered.* (XXXVIII. 16.) — „et licet decesserint, antequam accresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet".

2) L. 9. D. *de suis et legit. her.* L. 1. §. 9. D. *ad SCt. Tertull.* (XXXVIII. 17.). S. auch die Note 7.

3) Vgl. oben §. 64. Note 3. §. 142. Note 7.

4) L. 1. §. 8. D. *de bon. poss. sec tab.* (XXXVII. 11.). L. un. pr. und §. 13. C. *de caduc. toll.* (VI 51.).

5) L. 59. §. 3. D. *de heredib. inst.* (XXVIII. 5.).

6) L. 63. D. *de heredib. inst.* L. un. §. 10. C. *de cad. toll.*

7) L. 12. pr. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.). L. 1. §. 12. D. *de conjung. cum emanc. liber.* (XXXVII. 8.).

8) *Ulp.* Fr. Tit. XVII. §. 1. „Quod quis sibi testamento relictum, *ita ut jure civili capere possit*, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, *veluti ceciderit ab eo*".

9) *Gaj.* II. §. 144. — — — „*aut propter coelibatum ex lege Julia summolus fuerit ab hereditate*: in his casibus paterfamilias intestatus moritur". *Ulp.* Fr. Tit. XVII. §. 1. in f. — — „aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit, vel peregar factus sit".

10) Denn s. *Ulp.* Fr. Tit. XVII. §. 1. v. gr. si coelibi vel *Latino Juniano* legatum fuerit, *nec intra dies centum* vel coelebs legi paruerit, vel *Latinus jus Quiritium consecutus sit*" —. Vgl. ebendas. Tit. XXII. §. 3.

11) *Gaj.* II. § 286.

12) S. Vatic. Fragm. §. 214—219. Vgl. auch die folg. Note.

13) *Ulp.* Fr. Tit. XVI. *de solidi capacitate inter virum et uxorem.*

14) Wenn die Gründe des Wegfallens sich noch beim Leben des Testirers ereigneten, so hieß dies *in causa caduci*; L. un. §. 2. in f. C. *de cad. toll.* Vgl. §. 4. u. 5. *ibid.*

15) *Ulp.* Fr. Tit. XVII. §. 2. und Tit. XVIII. L. un. pr. C. *de caduc. toll.* (*vers.* Et quum lex Papia *rel.*).

16) *Gaj.* II. §. 206. 207. — — „post legem Papiam deficientis portio caduca fit, et ad eos pertinet, *qui in eo testamento liberos habent.* Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt". S. ebendas. §. 286. i. f. *Ulp.* Fr. Tit. I. §. 21. Fragm. veter. JCti de jure Fisci §. 3.

17) *Gaj.* II. §. 286. in f. *Ulp.* Fr. Tit. XVII. §. 2.

18) L. un. Th. Cod. *de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis* (VIII. 16.). L. 1. Inst. Cod. *eod.* (VIII. 58.).

19) L. un. C. *de caducis tollendis* (VI. 51.).

§. 173.

b) Rechtsmittel des Erben.

Zum Schutz seines Rechts hat der Erbe I. eine dingliche Klage — hereditatis petitio —, jedoch nur wider den, welcher pro herede besitzt (sich selber Erbrecht beilegt), oder pro possessore, d. h. erbschaftliche Objecte ohne Rechtsgrund besitzt [1]). Aus den nämlichen Gründen, wie die Eigenthumsklage, wird aber auch die hereditatis petitio wider einen fictus possessor gegeben [2]) und außerdem, nach einem Senatusconsult unter Hadrian (dem s. g. SCtum Juventianum), welches überhaupt für das Recht der H. P. manche Neuerungen einführte [3]), auch wider

den, der durch den Besitz erbschaftlicher Objecte Rechte und Vortheile erlangte, die ursprünglich nicht zum erbschaftlichen Vermögen gehörten[4]). Gerichtet ist die Klage auf Zuerkennung des Erbrechts und Herausgabe alles dessen, was als zur Erbschaft gehörig zu betrachten ist[5]). Der Unterschied zwischen einem bonae fidei und malae fidei possessor (praedo) ist besonders wichtig wegen der Verantwortlichkeit des Besitzers[6]), der zu restituirenden causa rei[7]), und der von dem Kläger dem Beklagten zu erstattenden Impensen[8]). Der prätorische Erbe vindizirt die Erbschaft auf gleiche Art mit der hereditatis petitio possessoria[9]) Gegen Miterben findet eine eigenthümliche Klage, die familiae erciscundae actio Statt[10]). **2.** Dem bonorum possessor gewährt das prätorische Edict ein eigenthümliches interdictum adipiscendae possessionis, das interd. quorum bonorum, auf Erlangung des Besitzes erbschaftlicher Sachen gerichtet[11]), jeder Testamentserbe aber kann auf den Grund eines äußerlich tadelfreien Testaments eine missio in bona hereditaria erhalten[12]).

1) L. 9. D. *de hereditatis petitione* (V. 3.). L. 11. L. 12. L. 13. pr. D. *eod.*

2) L. 13. §. 13. 14. D. *h. t.* (V. 3.). Vgl. §. 119. den Text zu den Noten 4—6.

3) L. 20. §. 6. D. *h. t.* (V. 3.). Vgl. L. 25. §. 19. *eod.*

4) L. 16 §. 1. 2. 4. 5. L. 20. pr. §. 1. 3. 15. 16. 17. L. 25. §. 18. 20. L. 26 — 29. C. *h. t.* (V. 3.).

5) Vgl. L. 1. §. 1. D. *si pars hereditatis petatur* (V. 4.).

6) L. 40. pr. D. *h. t.* (V. 3.).

7) L 40. § 1. D. *h. t.* Vgl. mit §. 2. I. *de offic. jud.* (IV. 17.) *verb.*: sed si hereditas —.

8) L. 37 – 39. D. *h. t.*

9) Tit. Dig. *de possessoria hereditatis petitione* (V. 5.). Vgl. L. 20. §. 10. in f. D. *de her. petit.* und *Gaj.* IV. 34. — „qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit".

10) Tit. Dig. *familiae erciscundae* (X. 2.). Vgl. Buch III. Cap. IV. Abschn. I.

11) Tit. Dig. *quorum bonorum* (XLIII. 2.). L. 1. 2. C. *eod.* (VIII. 2.). Vgl. oben §. 143.

12) L. 3. C. *de edicto divi Hadriani tollendo* (VI. 33.).

§. 174.

VI. Vermächtnisse. A. Arten derselben.

Vermächtniß im weiteren Sinne kann man jede letztwillige Vergabung außer der Erbeinsetzung nennen, welche (unmittelbar oder mittelbar) von der Erbmasse abgeht, oder sie verkleinert [1]). Meistens erfolgt die Anordnung von Vermächtnissen durch die Bestimmung, daß der Vermächtnißnehmer etwas aus der Erbschaft haben, oder daß der Erbe ihm etwas geben, leisten, gewähren solle; in beiden Fällen erscheint das Vermächtniß als eine den Erben (den oneratus) znm Besten eines Dritten (des honoratus) beschwerende Auflage [2]). Dergleichen Auflagen kann man Vermächtnisse im engeren Sinne nennen, und es gab dafür lange Zeit zwei verschiedene Formen: die Vermächtnisse in altcivilrechtlicher Form (mittelst verba directa, solennia, imperativo modo), — legata im engeren Sinne —, und die in freierer Form (durch verba precaria, precative oder precativo modo), welche fideicommissa hießen [3]). Außer diesen gewöhnlichen Vermächtnißarten sind noch folgende zu bemerken: a) Auflagen an den Erben oder einen Vermächtnißnehmer conditionis implendae causa, d. h. als Bedingung, um das ihm selber Zugewandte erhalten zu können, Jemandem etwas zu geben [4]). b) Vergabungen, deren Wirkung zwar auch davon abhängt, daß der Begabte den Disponenten überlebt, welche aber nicht durch eine den Erben u. s. w. beschwerende Auflage begründet werden, sondern vielmehr durch ein Geschäft des Disponenten mit dem Begabten: mortis causa donatio [5]). Ob diese Schenkung sofort vollzogen wird, oder ihre Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ist für das Wesen des Geschäfts gleichgiltig [6]); häufig ist ihre Wirkung auch dadurch bedingt, daß der Schenker in einer bestimmten, gegenwärtigen oder von ihm befürchteten Lebensgefahr umkommt [7]). Unter Einwirkung legislativer Rücksichten wurde die Schenkung Todes halber den eigentlichen Vermächtnissen allmählig immer ähnlicher, zum Theil selbst (nach einer Constitution Justinians) in formeller Beziehung [8]); doch

erhielten sich solche Verschiedenheiten, welche ohne völlige Vernichtung der eigenthümlichen Grundlage, worauf die mortis causa donatio beruhete, nicht aufgehoben werden konnten [9]).

1) L. 36. D. *de legatis* II. „Legatum est donatio testamento relicta". (Vgl. §. 1. I. *de legatis* II. 20.). Oder wie Florentinus sagt: „est *delibatio hereditatis*, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit". (L. 116. pr. D. *de leg.* I. S. oben §. 141. Note 6.). So kann man ein Vermächtniß selbst alsdann noch bezeichnen, wenn der Testirer will, daß ein von ihm im Testament Bedachter von dem Seinen etwas gebe; §. 1. I. *de singulis rebus per fideicommissum relictis* (II. 24.) „Potest autem non solum proprias res testator — relinquere, sed et heredis, aut legatarii — — —. Hoc solum observandum est, *ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit*". S. auch die folgende Note.

2) *Gaj.* II. §. 255. — — „sed non ulterius *oneratur*, — quam apud eum commodum hereditatis remanet". L. 15. pr. in f. D. *de lege Cornel. de falsis* (XLVIII. 10.) — — „qui per — — filium, quem in potestate habet, — *legato honoratur*". Nach neuerem Recht kann übrigens auch ein Vermächtnißnehmer onerirt, oder mit der Leistung eines Vermächtnisses beschwert werden, was früher nicht anging. Vgl. *Gaj.* II. §. 271. *Ulp.* Fr. Tit. XXV. §. 10. und §. 1. I. *de singul. rebus per fideic. relictis.* S. auch die folgende Note.

3) *Ulp.* Fr. Tit. XXIV. pr. Tit. XXV. §. 1. 2. §. 9. („Item graece fideicommissum scriptum valet, licet legatum graece scriptum non valeat"). *Gaj.* II. §. 281. *Pauli* rec. sent. Lib. IV. Tit. I. §. 6. L. 2. C. *communia de legat. et fideic.* (VI. 43.). — Der Onerirte heißt bei Legaten: is a quo legatur (s. Note 2.), bei Fideicommissen: fiduciarius heres (L. 67. §. 3. D. *ad SCt. Trebell.* XXXVI. 1.), is, cujus fidei committitur, a quo fideicommissum datur, aber auch: a quo fideicommittitur, L. 114. pr. D. *de legat.* I. Der Honorirte: legatarius, — fideicommissarius: *Pauli* rec. sent. Lib. IV. Tit. VII. §. 3.

4) L. 31. §. 2. L. 38. D. *de mortis causa donationib. et capionibus* (XXXIX. 6.). Der Ausdruck mortis causa capere, oder capio, der hierauf besonders angewandt wird, umfaßt übrigens in seiner weiteren Bedeutung nicht blos die gesammte erbrechtliche (Universal- und Singular-) Succession, sondern auch die Fälle, in welchen durch irgend Jemandes Tod ein Recht oder Vortheil für einen Anderen entsteht, L. 8. pr. L. 31. pr. D. *de mortis causa donat.*

5) L. 1. D. *de mortis causa donationibus et capionibus.* „Mortis causa donatio est, quum quis habere se vult (magis), quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum". L. 35. §. 3. D. *eod.*

6) L. 1. pr. in f. D. *de donationib.* (XXXIX. 5.). L. 2. in f. D. *de mort. causa donat.* — „tertium genus esse donationis ait, si quis — non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, quum mors fuerit insecuta".

7) L. 2. D. *de mort. causa donat.* „Julianus — tres esse spe-

cies mortis causa donationum ait: unam, quum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed *sola cogitatione mortalitatis donat*; aliam esse speciem mortis causa donationum ait, quum quis *imminente periculo commotus* — donat — tertium" *rel.* (S. auch die vor. Note). S. auch L. 3—6. L. 29. *eod.*

8) L. ult. C. *de donationibus causa mortis* (VIII. 57.). §. 1. I. *de donationib.* (II. 7.) „Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia (?); nam quum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam trahebant, a nobis constitutum est, ut *per omnia fere* legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio". Vgl. L. 10. D. *de mort. causa donat.* L. 5. C. *ad Leg. Falcid.* (VI. 50.). L. un. § 14. C. *de caduc. toll.* (VI. 51.).

9) Dahin gehört besonders die Unabhängigkeit der mortis causa donatio von dem Rechtsbestand und der Wirksamkeit eines Testaments. S. auch L. 35. §. 7. D. *de mort. causa donat.* L. 5. §. 17. D. *de his quae ut indignis auferuntur* (XXXIV. 9.).

§. 175.

B. Vermächtnisse im eigentlichen Sinne. (*Legata, fideicommissa.*)

Für die legata oder altcivilrechtlichen Vermächtnisse (s. §. 174.) gab es vier Formen [1]): a) das leg. per vindicationem, oder das Eigenthumsvermächtniß, dessen Gegenstand nur eine dem Testirer eigenthümlich zugehörige Sache sein konnte [2]), von der dabei gewöhnlichen Anordnungsform (do, lego) auch wohl per do lego legatum genannt [3]). Der Legatar wurde sofort und unmittelbar nach angetretener Erbschaft Eigenthümer der legirten Sachen [4]). b) Das leg. per damnationem (z. B. heres meus Stichum servum meum dare damnas esto), wodurch eine strenge obligatio für den Erben begründet wurde, den legirten Gegenstand (gleichviel, ob er im Vermögen des Erben befindlich war, oder nicht) zu leisten [5]). c) Das leg. sinendi modo (heres meus damnas esto sinere, Luc. Titium hominem Stichum sumere sibique habere), dessen Gegenstand nicht blos eine dem Erblasser, sondern auch eine dem Erben selbst zugehörige Sache, nicht aber die eines Dritten sein konnte [6]); über die sonstige Natur dieses Legates fanden sich nicht völlig übereinstimmende Ansichten unter den

Römischen Juristen [7]). d) Das leg. per praeceptionem (Luc. Titius hominem Stichum praecipito), eigentlich ein Vorvermächtniß für einen Miterben [8]). Nach einem senatusconsultum Neronianum sollte übrigens ein Legat, wenn es in der gewählten Form nicht bestehen könnte, jedenfalls als Damnationslegat aufrecht erhalten werden [9]). Neben diesen civilrechtlichen Vermächtnissen nun kamen die Fideicommisse auf, d. s. formlose, besonders an den Erben gerichtete Aufträge, die Erbschaft oder etwas dazu Gehöriges einem Dritten zu restituiren. Hauptsächlich sollen die subjectiven Beschränkungen des Rechts, durch Testamente etwas zu erwerben, dieselben veranlaßt haben [10]); doch hat wohl eine factische Unmöglichkeit, Alles das zu beobachten, was zu solennen Testamentshandlungen erforderlich war, vielleicht auch die Rechtsunkunde mancher Testatoren eben so vielen Theil daran gehabt [11]). Anfangs waren dergleichen Aufträge unverbindend. Augustus aber beauftragte die Consuln, über die Verpflichtung zur Ausführung eines Fideicommisses unter Berücksichtigung der besondern Umstände eines Falls zu entscheiden; später wurde für Rom ein eigner Praetor fideicommissarius ernannt [12]). So erhielten allmählig die Fideicommisse bindende Kraft, allein nunmehr wurden sie auch manchen civilrechtlichen Regeln und Beschränkungen unterworfen, insonderheit den subjectiven [13]). Doch blieben viele und wichtige Verschiedenheiten zwischen den legata und fideicommissa [14]). Namentlich konnten erstere nur in förmlichen Testamenten angeordnet werden, oder sie mußten doch in einem solchen bestätigt sein, die Fideicommisse dagegen erforderten gar keine bestimmte Form, es genügte zu ihrer Anordnung die mit Sicherheit zu erkennende Absicht des Erblassers, selbst ein bloßer Wink [15]; auch ging das durch Fideicommisse hinterlassene Rechtsobject nicht ipso jure auf den Honorirten über, sondern sie begründeten stets nur ein Forderungsrecht, und dies war keine actio, sondern es wurde durch extraordinaria cognitio geltend gemacht, auch persecutio fideicommissi genannt, welche ihrem Wesen nach die Wirkung einer bonae fidei actio hatte [16]). Ferner konnten dem mit einem

Fideicommiß Bedachten Aftervermächtnisse derselben Art auferlegt werden, nicht aber einem Legatar [17]); auch durfte man den Auftrag an die Intestaterben richten [18]), ja selbst an den, der weder Intestaterbe ist, noch aus der Erbschaft etwas zugewendet erhielt [19]). Unter den christlichen Kaisern wurden übrigens auch die Fideicommisse regelmäßig [20]) an eine bestimmte Form geknüpft, welche im Wesentlichen in der Zuziehung von (5) Zeugen bestand [21]), wogegen die Kaiser den Gebrauch bestimmter Worte und Formeln eben sowohl bei den Legaten als bei den Fideicommissen für unnöthig erklärten [22]). Es gab aber zwei Hauptarten der Fideicommisse: die auf Restitution der Erbschaft gerichteten — fideicommissum hereditatis oder fideicommissaria hereditas [23]) — und die nach der Analogie der legata erfolgten fideicommissarischen Anordnungen [24]). Justinian stellte diese zuvörderst in Ansehung des Rechtserwerbes und der Klagen den Legaten gleich [25]), demnächst bestimmte er, daß überall kein weiterer Unterschied zwischen beiden Vermächtnißarten Statt finden solle [26]), so daß man seitdem nur noch das besondere Recht der Singularvermächtnisse und das der Universalvermächtnisse, oder des fideicommissum hereditatis, unterscheiden darf.

1) *Gaj.* II. §. 192—223. *Ulp.* Fr. Tit. XXIV. §. 2—14. §. 2. I. *de legatis* (II. 20.).

2) *Gaj.* II. §. 196. *Ulp.* l. l. §. 7.

3) Vat. Fragm. §. 47. Vgl. auch das. §. 57. 83. 86. 87. Uebrigens war auch die Anordnungsform üblich: capito, sumito, sibi habeto; *Gaj.* II. §. 193. *Ulp.* l. l. §. 3.

4) *Gaj.* II. §. 194. Vgl. das. §. 195. 196. 198. *Ulp.* l. l. §. 11. a.

5) *Gaj.* II. §. 202—204. *Ulp.* l. l. §. 8. Andere Formen der Anordnung s. ebendas. §. 4. Die daraus wider den Erben entstehende Forderung war nicht blos str. jur. actio, sondern sie hatte auch noch ganz besonders strenge Wirkungen. S. *Gaj.* II. §. 282. „si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur". Vgl. das. IV. §. 9. und §. 171.

6) *Gaj.* II. §. 210. 211. *Ulp.* l. l. §. 10.

7) *Gaj.* II. §. 212—215. §. 280.

8) *Gaj.* II. §. 217. §. 219. 220. S. übrigens ebend. §. 218. 221. 222.

9) *Ulp.* l. l. §. 11. a. — „senatusconsulto Neroniano firmatur, quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit,

ac si optimo jure legatum esset: *optimum autem jus legati per damnationem est*". — *Gaj.* §. 197. §. 112. §. 218. 220. 222.

10) *Gaj.* II. § 285. „Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere: *et fere haec fuit origo fideicommissorum*". Vgl. *Theophil.* paraphr. II. 23. §. 1.

11) Pr. I. *de codicillis* (II. 25).

12) §. 1. I. *de fideicommissar. heredit.* (II. 23). Vgl. *Sueton.* Claud. c. 23. L. 2. §. 32. D. *de orig. jur.* (I. 2.).

13) *Gaj.* §. 285. — — „sed postea id prohibitum est" —. Ebendas. §. 286. 287. Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XXV. §. 6 und §. 17. L. 103. D. *de legat.* I. — Indessen erhielten sich auch in dieser Hinsicht noch Verschiedenheiten; *Gaj.* I. §. 22—24. II. §. 274—277.

14) Vgl. überhaupt *Gaj.* II. §. 268—283. §. 289. und *Ulp.* Fr. Tit. XXV. (de fideicommissis) §. 1—13.

15) *Gaj.* II. §. 270. *verb.* cum alioquin *rel.* Vgl. *Ulp.* Fr. Tit. XXV. §. 8. 9. und ebendas. §. 3. „Etiam nutu relinquere fideicommissum usu receptum est". L. 21. pr. D. *de legat.* III. S. auch unten Note 21.

16) L. 178. §. 2. D. *de verb. sign.* — „persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum" —. (Vgl § 41. Note 6.) *Gaj.* II. §. 278. *Ulp.* Fr. Tit. XXV. §. 12. „Fideicommissa *non per formulam petuntur*, ut legata, sed cognitio est, Romae quidem consulum, aut praetoris, qui fideicommissarius dicitur, in provinciis vero praesidum provinciarum". *Paull.* sent. rec. Lib. IV. Tit. 1. §. 18. Ferner: *Gaj.* II. §. 280. „Fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debebit; legatorum vero usurae non debentur".

17) *Gaj.* II. §. 271. „Item, a legatario legari non potest, sed fideicommissum relinqui potest; quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus". Vgl das. §. 260.

18) Vgl. *Gaj.* II. §. 270. *Ulp.* Fr. Tit. XXV. §. 4. (— „nam intestatus quis moriturus fideicommissum relinquere potest"). §. 10. I. *de fideicommissar. heredit.* L. 29. C. *de fideic.* (VI. 42.)

19) L. 77. in f. D. *de legat.* I. Vgl. L. 1. §. 6. *de legat.* III.

20) Denn s. L. ult. C. *de fideic.* und §. 12 I. *de fideic. heredit.*

21) L. 1. und L. 7. Th. C. *de testam.* (IV. 4.). Vgl. mit L. ult. C. *de codicillis* (VI. 36.). Interpolirt ist höchst wahrscheinlich die L. 22. C. *de fideic.* (aus dem J. 293.): „Et in epistola, vel libello, vel sine scriptura, imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse *adhibitis testibus*, nulla dubitatio est".

22) L. 21. C. *de legat.* (VI. 37.).

23) L. 52. §. 1. D. *ad SCt. Trebell.* (XXXVI. 1.). Pr. I. *de fideicommissariis hereditatibus.*

24) *Gaj.* II. §. 260—262. *Ulp.* Fr. Tit. XXV. §. 5. Tit. Inst. *de singulis rebus per fideicommissum relictis* (II. 24.).

25) L. 1. C. *communia de legatis et fideicommissis* (VI. 43.). §. 2. I. *de legatis.*

26) L. 2. C. *comm. de legat. et fideic.* §. 3. I. *de legat.* — — „nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura" —. S. übrigens §. 2. I. *de singul. reb. per fideic. relict. verb.* Qui autem ex causa fideicommissi manumittitur *rel.* (*Gaj.* II. §. 266. 267. und oben §. 59. Note 11.). Auch *Gaj.* II. §. 289.

§. 176.

Insbesondere 1. von Singularvermächtnissen. a. Einzelne Vermächtnißarten; α. nach subjectiven Beziehungen.

Tit. Inst. de legatis (II. 20.) und de singulis rebus per fideicommissum relictis (II. 24.).

Diese Eigenthümlichkeiten einzelner Vermächtnisse haben bald in subjectiven Beziehungen ihren Grund, bald in der Beschaffenheit des Gegenstandes. Von Vermächtnissen der ersten Art sind hier diejenigen zu erwähnen, wobei sich Besonderheiten in Ansehung der Person des Honorirten finden, nämlich a) die Prälegate (das praelegare), oder die Vermächtnisse an Miterben [1]); soweit einem Miterben ein solches Vermächtniß von seinen Miterben zu leisten ist, hat es die Natur eines gewöhnlichen Legats, soweit er selber dabei als belästigt erscheint, wird der Gegenstand desselben als Erbtheil behandelt [2]). b) Die Familienfideicommisse, d. i. die Anordnung, daß gewisse Gegenstände des Nachlasses bei der Familie [3]) bleiben sollen [4]). c) Die Berufung Mehrerer zu einem und demselben Gegenstande; die Vermächtnißnehmer heißen alsdann Collegatarii, mögen sie zusammen (conjunctim) genannt sein, oder nicht (disjunctim). Nach dem früheren Recht war hier der Unterschied wichtig zwischen dem legatum per vindicationem und per damnationem. Bei jenem bewirkte eine Concurrenz der Berufenen, daß Jeder einen Theil erhielt; fiel einer weg, so trat für die übrigen jus accrescendi ein, ohne daß etwas darauf ankam, ob die Berufung conjunctim (z. B. Titio et Sejo hominem Stichum do, lego), oder disjunctim (z. B. Titio hominem St. do, lego, Sejo eundem hominem do,

lego) erfolgt war [5]), wogegen bei dem per damnationem legatum es nie zum Anwachsungsrecht kam, sondern im ersten Fall (wenn das Legat conjunctim angeordnet war) der wegfallende Theil bei dem belästigten Erben blieb, im zweiten aber jeder der Berufenen ein Recht auf das Ganze hatte [6]). Während der Herrschaft des Papischen Gesetzes aber trat an die Stelle des jus accrescendi in den geeigneten Fällen die caducorum vindicatio [7]). Justinian stellte bekanntlich das Anwachsungsrecht wieder her (s. §. **172.**), und zwar für Collegatarii in der Art, daß es für conjuncti aller Art eintreten solle, jedoch für disjuncti (d. i. re tantum conjuncti) ipso jure und mit Rechtsnothwendigkeit, für conjuncti, wenn sie wollen; ein Recht jedes Einzelnen auf das Ganze soll aber nur alsdann angenommen werden, wenn der Testirer dies ausdrücklich also bestimmt hat [8]).

1) Als Substantiv kommt dafür praeceptio und praelegatio vor; L. 25. L. 31. § 1. D. *de adimend. legat.* (XXXIV. 4.). — Vgl. auch oben §. 175. Nr. d. Note 8.

2) Vgl. L. 75. §. 1. D. *de legat.* II. u. L. 116. §. 1. D. *de legat.* I.

3) L. ult. C. *de verbor. et rerum significatione* (VI. 38.).

4) S. z. B. L. 69. §. 3. u. 4. D. *de legat.* II. Eine Beschränkung in Ansehung der Dauer ordnete Justinian an; Nov. 159. c. 2.

5) *Gaj.* II. §. 199. *Ulp.* Fr. Tit. XXIV. §. 12.

6) *Gaj.* II. §. 205. — — „disjunctim, singulis solida res debetur, ut scil. heres alteri rem, alteri aestimationem ejus praestare debeat; in conjunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet". *Ulp.* Fr. Tit. XXIV. §. 13. — Ueber die Anwendung dieses Rechts auf das legatum sinendi modo wurde gestritten; *Gaj.* II. §. 115.

7) *Gaj.* II. §. 205 — 207. u. *Ulp.* l. l. (Vgl. oben §. 172. Note 8 fgg.) S. auch *Gaj.* II. §. 208. „Sed plerisque placuit, quantum ad hoc jus, quod lege Papia conjunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem, an per damnationem legatum sit".

8) L. un. §. 11. C. *de caduc. toll.* (VI. 51.).

§. 177.

β. Nach der Beschaffenheit des Gegenstandes.

Gegenstand eines Vermächtnisses kann Alles sein, was nicht dem commercium entzogen ist, oder dem Recht und

den guten Sitten widerstreitet [1]). Besonders zu erwähnen sind: a) das Eigenthumsvermächtniß, dessen Gegenstand, wenn er zum Vermögen des Erblassers gehörte, dem Vermächtnißnehmer mit dem Augenblick der angetretenen Erbschaft eigenthümlich erworben wird [2]). Anders verhält es sich bei dem legatum rei alienae [3]), das überhaupt in der Regel nur giltig ist, wenn der Testirer weiß, daß die Sache ihm nicht zugehört [4]). b) Das s. g. legatum generis, d. h. wenn einzelne Sachen aus einem genus rerum vermacht werden. Regelmäßig hat hier der Honorirte die Wahl [5]), eben so wie bei dem alternativen Legat [6]); besonders vortheilhaft für den Vermächtnißnehmer ist die optio legata [7]). c) Das Vermächtniß einer Quantität fungibler Sachen [8]); auszuzeichnen ist das Vermächtniß terminlicher Prästationen [9]), und hierbei wieder das Alimentenvermächtniß [10]). d) Vermächtnisse dinglicher Rechte [11]). e) Die Vermächtnisse, deren Gegenstand ein Forderungsrecht ist, nämlich das nomen legatum [12]), die liberatio legata [13]), das debitum legatum [14]). f) Vermächtnisse eines Begriffsganzen, worunter auszuzeichnen sind: peculium legatum [15]) und die auf eine Dos sich beziehenden Vermächtnisse [16]). g) Das Vermächtniß einer Erbschaftsquote (hereditatis partitio legata); der Honorirte (legatarius partiarius) hat hier weder das Recht noch die Verbindlichkeiten eines Miterben, er und der Onerirte leisten einander aber ein gegenseitiges Versprechen (stipulatio partis et pro parte) auf Rückzahlung oder Nachzahlung bei einer sich nach der Ablieferung etwa herausstellenden Verminderung oder Vermehrung der Quote [17]).

1) L. 39. §. 9. *de legat.* I. §. 4. I. *de legat. verb.* sed si talis res sit *rel.* — L. 112. §. 3. *de legat.* III.

2) L. 69. pr. *de leg.* I. L. 80. *de legat.* II. L. 1. C. *commun. de legat. et fideic.* (VI. 43.). Vgl. *Gaj.* II. §. 204.

3) §. 4. I. *de legat.* — „etiam aliena (res) legari potest, ita ut heres cogatur redimere eam et praestare, vel si non potest redimere, aestimationem ejus dare". Auch das Vermächtniß einer dem Onerirten selbst zugehörigen Sache erzeugt nur die Verbindlichkeit, dieselbe zu geben; §. 1. I. *de singul. reb. per fideic. rel.* Vgl. *Gaj.* II. §. 210. 213. S. übrigens ebendas. §. 214.

4) §. 4. I. *de legat.* (*verb.* Quod autem diximus *rel.*). S. übrigens L. 10. C. *de legat.* (VI. 37.) und L. 67. §. 8. D. *de legat.* II.

5) L. 108. §. 2. *de legat.* I. §. 22. I. *de legat.*

6) L. 34. §. 14. *de legat.* I.

7) Vgl. L. 37. pr. *de legat.* I. mit L. 2. pr. D. *de optione vel electione legata* (XXXIII. 5.). — Noch vortheilhafter erwies sich das optionis legatum nach dem früheren Recht, welches dem Erben die Wahl zugestand, falls nicht durch Anwendung der Form des Legirens per vindicationem, oder einer den Wirkungen nach dieser gleichstehenden (wohin denn eben auch das *optato* oder *eligito* gehörte) dem Legatar die Wahl gegeben wurde. *Ulp.* Fragm. Tit. XXIV. §. 14. S. übr. auch noch §. 23. I. *de legat.*

8) Tit. D. *de tritico, vino vel oleo legato* (XXXIII. 6.). — L. 5. *eod.* „Quum certus numerus amphorarum vini legatus esset *ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset*, et minus natum esset, non amplius deberi placuit" —.

9) Tit. Dig. *de annuis legatis et fideicommissis* (XXXIII. 1.).

10) Tit. Dig. *de alimentis vel cibariis legatis* (XXXIV. 1.). — L. 14. §. 1. *eod.*

11) Tit. Dig. *de usu et usufr.* rel. *per legatum vel per fideicommissum datis* (XXXIII. 2.), *de usufructu accrescendo* (VII. 2.), *de servitute legata* (XXXIII. 3.).

12) §. 21. I. *de legat.* L. 18. C. *de legat.* (VI. 37.).

13) L. 3. D. *de liberatione legat.* (XXXIV. 3.). §. 13. I. *de legat.*

14) §. 14. I. *de legat.* — — „si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito". — L. 29. *de legat.* I.

15) Tit. Dig. *de peculio legato* (XXXIII. 8.). §. 20 I. *de legatis.*

16) L. 71. §. 3. D. *de condit. et demonstrationib.* (XXXV. 1.). Tit. Dig. *de dote praelegata* (al. *relegata* XXXIII. 4.). §. 15. I. *de legat.*

17) *Ulp.* Fr. Tit. XXIV. §. 25. „Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, utputa hoc modo: *heres meus cum Titio hereditatem meam partitor, dividitor*; quo casu dimidia pars bonorum legata videtur". — *Gaj.* II. §. 254. und §. 5. I. *de fideicommissariis hereditatib.* (*verb.* ille autem *rel.*). Justinian, indem er das frühere Recht der Erbschaftsfideicommisse vorträgt, spricht scheinbar von dem Partitionslegat, als von einem veralteten Institut; daß aber die Compilatoren es dafür nicht gehalten haben, beweisen mehrere Pandektenstellen, z. B. L. 26. §. 2. *de legat.* I. L. 8. §. 5. *de legat.* II.

§. 178.

b. Beschränkung durch die *Lex Falcidia.*

Tit. Inst. de lege Falcidia (II. 22.).

Um zu verhüten, daß nicht ein Erbe, wegen völliger Erschöpfung der Erbschaft durch Legate, dieselbe ausschlage, wurde zuerst durch eine Lex Furia bestimmt, daß Keiner

mehr als **1000** asses durch Legat erhalten solle, falls er nicht zu den exceptae personae gehöre [1]), durch die Lex Voconia aber: es solle Niemand durch Legat oder eine sonstige mortis causa capio mehr aus der Erbschaft zugewandt erhalten, als dem Erben übrig bleibe [2]). Da beide Gesetze ihrem Zwecke nicht genügen konnten, wurde auf wirksamere Weise durch die Lex Falcidia (n. R. E. **714**) angeordnet: es dürfe der Testirer nicht über mehr als drei Viertheile seines Nachlasses durch Legate verfügen; sei dies dennoch geschehen, so könne der Erbe die einzelnen Vermächtnisse soweit mindern, daß er die Quart von dem Nachlasse behalte [3]). Angewandt wurde dies Recht nicht blos auf Fideicommisse, sondern auf alle liberale Zuwendungen, die durch den früheren Tod des Disponenten vollkommen giltig werden [4]). Beschwerte Vermächtnißnehmer haben das Abzugsrecht nicht, sondern nur Erben [5]); sind aber mehrere Erben ernannt, so darf jeder mit Vermächtnissen Beschwerte verlangen, daß ihm die Quart von seinem Erbtheile frei bleibe [6]). Berechnet wird die Quart von dem Vermögen, so wie es beim Ableben des Erblassers beschaffen war [7]), und, wie sich von selbst versteht, nach Abzug der Schulden [8]). Manche Vermächtnisse sind vom Abzug rechtlich befreit [9]), der Erbe eines Soldaten hat aber das Recht des Falcidischen Gesetzes überall nicht [10]) und nach einer Vorschrift Justinians kann jeder Testator den Abzug der Falcidischen Quart verbieten [11]). Auch verwirkt der Erbe das Abzugsrecht dadurch, daß er kein Inventar errichtet [12]).

1) *Ulp.* Fragm. Tit. XXVIII. §. 7. Vat. Fragm. §. 301. Vgl. oben S. 67. Note 11.

2) *Gaj.* II. §. 224 – 226. Pr. I. *h. t.*

3) *Gaj.* II §. 227. *Ulp.* Fr. Tit. XXIV. §. 32. Pr. I. in f. *h. t.* und §. 3. *eod.*

4) L. 2. 3. 5. C. *ad Leg. Falcid* (VI. 50.). L. 32 §. 1. D. *de donat. int. vir. et uxorem* (XXIV. 1.).

5) L. 47. §. 1. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.). S. übr. L. 32. §. 4 *eod.*

6) §. 1. I. *h. t.* — „in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est". L. 77. D. *ad Leg. Falcid.* Vgl. übr. L. 78. *eod.*

7) §. 2. I. *h. t.*

8) §. 3. I. *h. t.*

9) S. z. B. L. 33. D. und L. 15. C. *h. t.*

10) L. 7. C. *h. t.*

11) Nov. 1. c. 2. §. 2. und auth. *Sed cum testator* C. *h. t.*

12) L. ult. §. 14. C. *de jure deliberandi* (VI. 30.).

§. 179.

2. Von Erbschaftsfideicommissen.

Tit. Inst. de fideicommissariis hereditatibus (II. 23.).

Ein Erbschaftsfideicommiß, d. i. die Auflage an den Erben, die Erbschaft oder seinen Erbtheil einem Dritten zu restituiren, wurde früher durch einen Scheinverkauf an den Fideicommissar verwirklicht, wodurch dieser zwar nicht an die Stelle des Erben trat, wohl aber mittelst einer Stipulation zur Schadloshaltung und Vertretung des Erben gegen Forderungen verpflichtet wurde, dagegen seiner Seits das Recht erhielt, die Herausgabe der erbschaftlichen Objecte und Vortheile zu verlangen, die Forderungsrechte aber als Cessionar des Erben geltend zu machen [1]). Das senatusconsultum Trebellianum (unter der Regierung Nero's) schaffte den Scheinverkauf und die Stipulationen ab, indem es bestimmte, daß mit der Restitutionserklärung Rechte und Verbindlichkeiten von selbst auf den Fideicommissar übergehen sollten, auf diesen also auch die erbschaftlichen Forderungsrechte und Schulden (mittelst utiles actiones) übertragen würden [2]). Ein anderes Senatusconsult (das Pegasianum, unter Vespasian) wandte das Recht des Falcidischen Gesetzes auch auf die Fideicommisse an; doch blieben dem Erben, welcher in Gemäßheit dieses Senatusconsults restituirt hatte, die Rechte und Verbindlichkeiten eines heres und der Fideicommissar wurde als legatarius partiarius betrachtet [3]). Zugleich bestimmte das Senatusconsult, daß der Erbe, welcher die Antretung und Restitution verweigere, dazu gezwungen werden könne, in welchem Falle er vollständig abtreten mußte, Rechte und Verbindlichkeiten aber ganz in der Art, wie es das SCt. Trebellia-

num angeordnet hatte, auf den Fideicommissar übergingen [4]). Seitdem pflegte die Restitution nach dem Pegasianischen SCt. zu erfolgen, wenn der Testirer die Restitution des Ganzen oder wenigstens von mehr als drei Viertheilen (plus quam dodrantem) angeordnet hatte, sonst nach dem Trebellianischen [5]). Der Kaiser Justinian vereinigte den wesentlichen Inhalt beider SCte, indem er bestimmte, daß das Pegasianische als Theil des Trebellianischen betrachtet werden solle [6]). Hiernach beruht das Recht der Erbschaftsfideicommisse der Hauptsache nach auf folgenden Regeln: a) es findet gegen den Fiduciar ein Zwang auf Antretung und Restitution Statt [7]); b) ist die Restitution des Ganzen oder von mehr als drei Viertheilen auferlegt, so kann der Erbe die Falcidische (von den Neueren s. g. Trebellianische) Quart von der Erbschaft für sich abziehen, außer wenn er zur Restitution gezwungen werden mußte [8]); c) soweit er restituirt, gehen die erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten (nach den Grundsätzen des Trebellianischen Senatusconsults) auf den Fideicommissar über [9]).

1) *Gaj.* II. §. 252. „Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emtoris; tunc enim in usu erat, ei, cui restituebatur hereditas, *nummo uno* eam hereditatem *dicis causa* venire (s. oben §. 38. Note 10.), et — — — heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid aliud bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut, si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, cum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi". Vgl. *Theophil.* paraphr. *h. t.* §. 3.

2) *Gaj.* II. §. 253. und §. 4. I. *h. t.* Diese Stellen sprechen nur von dem Uebergang der actiones „quae jure civili heredi et in heredem competerent" auf den Fideicommissar. Da indessen die im älteren Recht üblichen, aber in Folge des Senatusconsults abgekommenen stipulationes (s. Note 1.) auf das gesammte erbschaftliche Vermögensverhältniß (nicht blos auf die Forderungen und Schulden) gingen, bei der Restitution eines Erbschaftsfideicommisses auch die bloße Erklärung der wirklichen Restitution juristisch gleich galt (L. 37. pr. D. *ad SCt. Trebell.* XXXVI.), so leidet das wenigstens wohl keinen Zweifel, daß man den Sinn des Senatusconsults, wie auch dessen Worte lauten mochten, so auffaßte, wie dies oben angenommen ist.

3) *Gaj.* II. §. 254. (§. 5. I. *h. t.*). *Ulp.* Fr. Tit. XXV. §. 15. — Vgl. oben §. 177. Nr. g. und Note 17.

4) *Gaj.* II. §. 258. *Ulp.* Fr. Tit. XXV. §. 16. §. 6. (*verb.* sed si recuset *rel.*). §. 7. (*verb.* Sed etiam id *rel.*) I. *h. t.*

5) *Gaj.* II. §. 255. §. 256. — Verzichtete er in dem ersten Fall auf den Abzug, so blieb er zwar ebenfalls heres, indessen trat nunmehr wieder das Rechtsverhältniß des Erbschaftsverkaufs ein; *Gaj.* II. §. 257. Vgl. Note 1.

6) §. 7. I. *h. t.* — — „placuit — — omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto praestare" —.

7) §. 7. I. *h. t.* (*verb.* Sed etiam id *rel.*).

8) §. 7. I. *h. t.* L. 4. D. *ad Senatusc. Trebell.* Vgl. §. 9. I. *h. t.*

9) § 7. I. *h. t.* — L. 1. 2. D. *de fideicommissaria hereditatis petitione* (V. 6.). L. 27. §. 7. D. *ad SCt. Trebell.* L. 1. 2. C. *eod.* (VI. 49.). — Vgl. §. 9. I. *h. t.*

§. 180.

3. Gemeinschaftliche Lehren. a. Grundsatz.

Bei aller Verschiedenheit zwischen Erbeinsetzungen und Vermächtnissen ist doch als Regel anzunehmen, daß die Gründe, aus welchen eine Erbeinsetzung nicht gelten kann, auch den Rechtsbestand eines Vermächtnisses hindern. Namenzlich muß auch die Anordnung von Vermächtnissen von freier Willensbestimmung ausgehen [1]), sie muß als ein selbstständiger und festgewollter Willensact des Erblassers erscheinen [2]), und es darf weder dem Disponenten die s. g. active Testamentifactio fehlen [3]), noch dem Honorirten die passive [4]); imgleichen wurden die Begriffe und Grundsätze von Caduzität und Indignität auf Vermächtnisse angewandt [5]). Auf der regelmäßigen Gleichheit der Vermächtnisse und Erbeinsetzungen beruht auch die Rechtsregel Cato's: „quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit non valere" [6]); eine Regel, die freilich schon durch ihren Ausdruck auf Abweichungen von dem für Erbeinsetzungen geltenden Recht hinwies [7]), auch ihrem Wortlaut nach Fälle umfaßte, wofür sie nicht gelten konnte [8]).

1) L. 1. in f. C. *de falsa causa adjecta legato vel fideicommisso* (VI. 44.). L. 9. §. 1. D. *de heredib. inst.* (XXVIII. 5.). — Vgl. überh. oben §. 144.

2) L. 52. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1.) — — „in alienam voluntatem conferri legatum non potest". — (S. übrigens L. 75. pr. D. *de legat.* I. L. 11. §. 7. D. *de legat.* III.). — L. 6. pr. D. *de lege Cornelia et de SCto Liboniano* (XLVIII. 10.) „Si

quis legatum sibi adscripserit, tenetur poenae legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit" —. S. oben §. 144. zu Note 6.

3) *Ulp.* Fragm. Tit. XXV. §. 4. L. 6. §. 3. D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7.). — S. indessen L. 1. §. 1. u. 5. *de leg.* III.

4) §. 24. I. *de legat.* *Ulp.* Fr. Tit. XXV. §. 6. (Vgl. auch oben §. 175 Note 13). — S. übrigens L. 7. pr. *de legat.* III. L. 11. D. *de alim. legat.* (XXXIV. 1.).

5) *Gaj* II. §. 286 *Ulp.* Fr. Tit. XVII. §. 1. u. 3. (Vgl. oben §. 172. Note 8 fgg. §. 175. Note 13 §. 176. Note 7. 8.) — L. 1. D. *de his quae ut indignis auferuntur* (XXXIV. 9). Vgl. oben §. 161. Nr. 2. b.

6) L. 1 pr. D. *de regula Catoniana* (XXXIV. 7.). Vgl. oben §. 162. Note 4.

7) L. 3. *eod.* „Cat. regula non pertinet ad — ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem".

8) L. 1. pr. in f. §. 1. u. 2. *eod.*

§. 181.

b. Anordnungsart und Modalitäten bei Vermächtnissen.

Vermächtnisse können nicht blos ausdrücklich angeordnet werden, sondern jede Willensäußerung, woraus sich mit Sicherheit die liberale Absicht des Testirers erkennen läßt, ist dazu hinreichend [1]). Auch kann nicht blos der Erbe, sondern jeder Honorirte, der aus dem Vermögen des Erblassers etwas erhält oder hat, mit einem Vermächtnisse belastet werden [2]), sofern er nur durch die ihm gemachte Zuwendung entschädigt ist [3]). Nicht minder ist die Anordnung von Substitutionen bei Vermächtnissen zulässig [4]). Endlich sind bei Vermächtnißbestimmungen an sich erlaubte Modalitäten aller Art möglich und rechtlich wirksam: ein Vermächtniß kann nicht nur unter einer Suspensivbedingung angeordnet werden, sondern auch unter einer Resolutivbedingung, ferner ex die und in diem [5]), und die Auflage eines modus im e. S. (§. 37. a. E.) erzeugt regelmäßig eine Obligatio auf Erfüllung desselben [6]).

1) S. z. B. L. 114. §. 6. und §. 14. *de leg.* I. L. 74. pr. D. *ad SCt. Trebell.* (XXXVI. 1). Vgl. oben §. 176. Note 15. u. 21.

2) L. 1. §. 6. *de leg.* III. „Sciendum est, eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum iis datur,

vel dum iis non adimitur". Vgl. L. 77. §. 1. *de legat.* II. und oben §. 175. Note 17—19.

3) §. 1. I. *de singul. reb. per fideic. relict.* „Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed et heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii — —. *Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit*". (*Gaj.* II. §. 261. und oben §. 177. Note 1.).

4) L. 50. pr. *de leg.* II. L. un. §. 7. in f. C. *de caduc. toll.* (VI. 51.). Vgl. auch L. 64. *de leg.* II.

5) L. 1. §. 1. D. *de condit. et demonstr. — et modis eorum, quae in test. scribuntur* (XXXV. 1.). L. 26. C. *de legat.* (VI. 37.).

6) L. 19. D. *de leg.* III. — Vgl. L. 2. C. *de his quae sub modo legata vel fideicommissu relinquuntur* (VI. 45.).

§. 182.

c. Form der Anordnung bei Vermächtnissen. (Codizille.)

Tit. Inst. de codicillis (II. 25.).

Vermächtnisse können in feierlichen Testamenten angeordnet werden, aber auch in bloßen Codizillen. Codizille, in der hier gemeinten Bedeutung [1]), sind die ohne Beobachtung der regelmäßigen Testamentsform ausgesprochenen letztwilligen Verfügungen. Das Aufkommen letztwilliger Verfügungen durch Codizille hängt auf das Genaueste zusammen mit dem der Fideicommisse [2]): jene waren ursprünglich gewöhnliche Schreiben des Erblassers an den Erben (den testamentarischen oder den Intestaterben), wodurch diesem gewisse, sich auf den Nachlaß und die Succession in denselben beziehende Aufträge gemacht wurden. Unter den christlichen Kaisern ward ihre Giltigkeit von Beobachtung der Testamentsform abhängig gemacht [3]), so daß, seit dieser Zeit wenigstens, auch die mündliche Anordnung von Codizillardispositionen außer Zweifel war. Justinian erklärt die Zuziehung von 5 Zeugen bei Codizillen für genügend [4]), ja ein von dem Erblasser dem Erben unmittelbar und mündlich auferlegtes Vermächtniß soll ohne alle Form gelten [5]). Codizille bestehen ohne die Ernennung eines heres, die in denselben auch gar nicht geschehen kann,

eben so wenig wie eine Enterbung[6]). Wird nun ein vollständiges Testament errichtet, so bestehen die daneben (vorher oder nachher) noch errichteten Codizille (codicilli ad testamentum facti) als Theile des Testaments[7]); ist kein Testament vorhanden, so heißen sie codicilli ab intestato, und diese enthalten einen, ausdrücklichen oder stillschweigenden, Auftrag an die Intestaterben, den Inhalt des Codizills als Fideicommiß zu erfüllen, wodurch dieselben zum Abzug der Falcidia berechtigt werden[8]). Vormundschaftsernennungen und directe Freilassungen können nur in codicillis testamento confirmatis[9]) erfolgen[10]). Es kann übrigens auch der Testirer die Aufrechterhaltung eines Testaments, das nach regelmäßigen Voraussetzungen nicht zu Recht bestehen würde, dadurch bewirken, daß er demselben die s. g. Codizillarclausel hinzufügt, d. h. bestimmt, es solle jedenfalls als Codizill gelten[11]); von selbst versteht sich, daß ein solches Testament wenigstens die Erfordernisse eines Codizills haben müsse, die Clausel ihm auch keine über die rechtliche Natur der Codizille hinausgehende Wirkungen verschaffen könne[12]).

1) Denn s. *Cic.* ep. ad fam. Lib. VI. ep. 18. init. *Senec.* ep. 55.

2) Vgl. Pr. I. *h. t.* u. §. 1. I. *de fideicommissariis heredit.* (Siehe oben §. 175.)

3) L. 1. Th. C. *de testament. et codicillis* (IV. 4.). L. 7. in f. *eod.* („In omni autem genere" *ret* edit. Bonn. p. 368 sq.).

4) Durch Interpolation der L. 7. Th. C. §. 2. *de testam. et codic.* in L. 8. §. 3. C. *de codicillis* (VI. 36.).

5) L. ult. C. *de fideic.* (VI. 42.). §. 12. I. *de fideic. heredit.*

6) §. 2. I. *h. t.* „Codicillis — hereditas neque dari, neque adimi potest, — et ideo nec exheredatio scribi".

7) L. 3. §. 2. D. *de jure codicillorum* (XXIX. 7.). L. 16. in f. *eod.* (— — codicilli — — — testamento — facto jus sequuntur ejus"). L. 1. §. 14. D. *de his quae ut indignis auferuntur*".

8) §. 10. I. *de fideic. heredit.* (S. auch oben §. 175. Note 18.). — L. 16. D. *de jure codicillor.* — „Quicunque — ab intestato successerit, locum habent codicilli — —. Et — — intestato patrefamilias mortuo — — codicilli — vicem testamenti exhibent". L. 3. pr. und §. 1. *eod.* — §. 2. I. *h. t.* — — „Directo autem hereditas neque dari neque adimi potest; nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur.

9) L. 8. pr. D. *h. t.* — — „aut - in futurum confirmantur, aut in praeteritum". L. 18. *eod.*

10) L. 3. pr. D. *de test. tut.* (XXVI. 2). *Gaj.* II. §. 289. *Ulp.* Fr. Tit. II. §. 12. — Nach dem früheren Recht konnten auch legata nicht in unbestätigten Codizillen angeordnet werden; *Gaj.* II. §. 270.

11) L. 29. D. *qui test. facere poss.* (XXIX. 1.). L. 8. §. 1. C. *h. t.* (VI. 36.).

12) Die wesentliche Wirkung der Clausel wird sehr gut dadurch ausgedrückt, daß es von einem solchen Testament heißt: fideicommissorum verba habet; L. 29. pr. D. *qui test. fac. poss.* S. auch L. 88. §. 17. *de legat.* II.

§. 183.

d. Rechtserwerb aus Vermächtnissen.

Bei der Frage: wann und wodurch wird dem Vermächtnißnehmer das Recht erworben? muß man zwei Hauptmomente wohl unterscheiden: a) cedit dies legati v. fideicommissi, d. h. das Recht auf den Erwerb ist fest begründet und auf die Erben des Vermächtnißnehmers transmissibel [1]); b) venit dies leg. v. fideic., d. h. es kann nunmehr die Erfüllung des Vermächtnisses verlangt werden [2]). Die erstere Wirkung tritt regelmäßig mit dem Tode des Erblassers ein, die zweite mit dem Zeitpunct der erworbenen Erbschaft [3]), und hiermit ist denn häufig auch der Erwerb des vermachten Objects ipso jure verbunden [4]). Bei bedingten Vermächtnissen ist jenes außerdem noch von dem erfolgten Eintritt der Bedingung abhängig [5]) und das Recht auf Erfüllung oder Verwirklichung des Vermächtnisses kann der Erblasser durch eine Zeitbestimmung hinausschieben [6]). So oft übrigens die Erfüllung des Vermächtnisses noch einen Anstand findet, darf der Honorirte dieserhalb eine Cautionsleistung von dem Onerirten fordern [7]).

1) L. 5. pr. D. *quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.* (XXXVI. 2.).

2) L. 213. pr. D. *de verb. sign.*

3) L. 7. pr. §. 1. u. 2. D. *h. t.* (XXXVI. 2.). L. 32. pr. *de legat.* II.

4) L. 69. pr. *de leg.* I. (s. oben §. 177. Nr. a. und Note 2.). L. 18. C. *de legat.* (§. 177. Note 12.).

5) L. 5. §. 2. D. *h. t.* (XXXVI. 2.). Vgl. oben §. 180. Note 7.

6) L. 21. pr. D. *h. t.*

7) L. 14. pr. L. 15. pr. D. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur (XXXVI. 3.).

§. 184.

c. Ungiltige und wirkungslose Vermächtnisse.

Tit. Inst. de ademtione et translatione legatorum (II. 21.).

Die nämlichen Gründe, aus welchen Testamente überhaupt nicht gelten können, oder wirkungslos werden, stehen in der Regel auch der Giltigkeit und Wirksamkeit der Vermächtnisse entgegen [1]). Eine Ausschlagung der bereits erworbenen Vermächtnisse kann übrigens unbedenklich geschehen, wenn der Erwerb ipso jure eingetreten und noch keine Anerkennung von Seiten des Vermächtnißnehmers erfolgt ist [2]). Auch ist der Widerruf eines Vermächtnisses an keinerlei Beschränkungen oder Formen gebunden [3]), die Translation derselben [4]) erfordert dagegen die Beobachtung der Codizillarform.

1) Vgl. oben §. 161 — 163. — Von den Modificationen für Vermächtnisse war bereits die Rede. S. §. 165. Nr. 2. §. 166. Note 7. §. 180. Vgl. auch §. 182.

2) L. 44. §. 1. *de legat.* I. Vgl. oben §. 161. Note 4.

3) L. 3. §. 11. D. *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis* (XXXIV. 4.). Pr. I. *h. t.*

4) L. 6. pr. D. *h. t.* (XXXIV. 4.) „Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det, aut quum res pro re datur, — aut quod pure datum est, transfertur sub conditione".

Sechstes Capitel.

Von Universalsuccessionen außer der *hereditas*.

§. 185.

Das Rechtsverhältniß des heres wurde auch auf andere Successionsarten in ein Gesammtvermögen angewandt [1]), obgleich ihr Gegenstand bei weitem nicht immer der Nachlaß eines Verstorbenen war. Es gehören dahin a) die bonorum possessio (§. 143.), gewissermaßen auch

b) die nach dem früheren Recht mögliche in jure cessio der legitima hereditas, insofern nämlich dadurch das Recht zum Erwerb einer Erbschaft von Einem auf den Andern übertragen wurde [2]), und aus demselben Gesichtspuncte c) die von Kaiser Marc Aurel eingeführte addictio bonorum libertatum servandarum causa [3]): wenn im Testament Freilassungen angeordnet sind, allein das Vermögen insolvent ist und weder der Testamentserbe noch der Intestaterbe die Erbschaft haben will, einer der freigelassenen servi aber (oder auch ein Dritter) die insolvente Erbmasse unter der Verpflichtung übernehmen will, die Freilassungen gelten zu lassen und den Gläubigern ihrer vollständigen Befriedigung halber Sicherheit zu bestellen, so wird ihm das Vermögen addizirt [4]). Ferner wurde eine dem Recht des heres nachgebildete per universitatem successio angenommen d) bei der in manum conventio [5]), e) der adrogatio [6]), f) dem Verkauf eines verschuldeten Vermögens, indem der Käufer, wenigstens wenn er dies vorzog, sein Recht an den zur Vermögensmasse gehörigen Objecten gleichsam als Erbe geltend machen konnte [7]); g) die Succession aus dem SCtum Claudianum (§. 57. Nr. 2. d.). Die beiden letzten Successionsarten hob Justinian ausdrücklich auf [8]). Endlich ist h) noch zu erwähnen: die Succession des Fiscus in bona vacantia (ein erbloses Vermögen), ereptitia und caduca [9]), wovon übrigens das Nähere schon in Verbindung mit der erbrechtlichen Succession vorgetragen ist [10]).

1) *Gaj.* IV. §. 34. — — „is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, *ficto se herede agit*"; ibid. §. 35. „Similiter et bonorum emtor ficto se herede agit" —.

2) *Gaj.* II. §. 35 – 37. III. §. 85—87. (S. oben §. 170. Note 2.) Nicht zu verwechseln damit ist die Veräußerung einer Erbschaft, wodurch weder das Recht auf den Erwerb, noch überhaupt das Rechtsverhältniß des eigentlichen heres übertragen wird; vgl. L. 2. §. 1. D. *de hereditate vel actione vendita* (XVIII. 4). L. 2. C. *eod.* (IV. 39.). L. 88. in f. D. *de her. inst.* (XXVIII. 5.).

3) Tit. Inst. *de eo, cui libertatis causa bona addicuntur* III. 11. (12.).

4) Vgl. L. 15 C. *de testamentaria manumissione* (VII. 2.). L. 4 § 21. D. *de fideicommissaria libertate* (XL. 5.).

5) *Gaj.* III. §. 82—84. IV. §. 38. u. 80. S. auch oben §. 74. Note 1. Vgl. §. 156. Note 5. und vgl. Note 7. a. E.

6) S. die Citate der vor. Note. Tit. Inst. *de acquisitione per adrogationem* III. 10. (11.). Ueber das neuere Recht s. §. 2. u. 3 *eod.* und oben §. 139. Note 13—16.

7) *Gaj.* III. §. 177—181. IV. §. 35. § 65—68. §. 145. 146.

8) Tit. Inst. *de successionib. sublatis quae fiebant per bonorum venditionem et ex SCto Claudiano* III. 12. (13).

9) *Ulp.* Fr. Tit. XVII. §. 3. Tit. XXVIII. §. 7. in f. — L. 1. 4—5. Cod. *de bonis vacantibus* (X. 10.) L. 96. §. 1. *de leg.* I. L. 60. §. 1. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1). L. 6. § 3. D. *ad SCt. Trebell.* (XXXVI. 1.). L. 14. D. *de jure fisci* (XLIX. 14.).

10) Vgl. oben §. 160. a. E. §. 161. Nr. 2. b. §. 162. Note 2. §. 172. Note 8 fgg.

Drittes Buch.

Die Obligationen, oder: das Recht der Forderungsverhältnisse.

Erstes Capitel.

Allgemeine Lehren.

§. 186.

I. Begriff und Quellen der Obligation.

Tit. Inst. de obligationibus (III. 13. [14.]).

Das Wesen der Obligatio besteht in einer rechtlichen Herrschaft über Handlungen Anderer[1]), oder: es ist das Rechtsverhältniß (juris vinculum) zwischen bestimmten Personen, kraft dessen die eine (Debitor) der anderen (Creditor) zu einer Handlung — ad dandum, faciendum, praestandum — verpflichtet ist[2]). Die Verpflichtung zu einem dare hat eine bestimmte civilrechtliche Bedeutung[3]), die ad faciendum geht nicht blos auf die Verbindlichkeit zu positiven Leistungen, sondern auch auf Unterlassungen[4]), so wie im weiteren Sinne auf Alles, was außer dem *dare* Gegenstand der Obligatio sein kann[5]); doch wird mit obligatio ad praestandum nicht selten eine ganz eigenthümliche Bedeutung verbunden[6]). Die Obligatio in ihrem ursprünglichen und strengen Sinne giebt dem Creditor das Recht, durch actio die Erfüllung (Solution) der Verbindlichkeit zu fordern, weshalb denn auf solche Rechtsverhältnisse, welche nur durch Exceptionen geschützt sind (§. 193.), die Ausdrücke creditor und debitor nach dem genaueren

Redegebrauch nicht bezogen werden [7]); indessen nahmen dieselben im Laufe der Zeit eine allgemeinere Bedeutung an. Nur auf die klagbaren Obligationen geht die Eintheilung der obligationes in civiles und praetoriae [8]), und wohl nur auf die ersteren die Ableitung derselben aus vier Quellen, wovon es heißt: „Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim *ex contractu* sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio" [9]); dagegen umfaßt alle und jede Obligationen die folgende, ebenfalls von den Entstehungsgründen hergenommene Eintheilung: „Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, *aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*" [10]).

1) Dies bildet den eigentlichen und unmittelbaren Gegenstand des Rechtsverhältnisses. Dadurch unterscheidet sich denn die Obligatio hinreichend von anderen Rechten auf fremde Handlungen, insbesondere denen, die durch potestas oder dominium begründet sind. Dort ist unmittelbarer Gegenstand der Herrschaft die fremde Persönlichkeit, hier eine Sache; nur kraft dieser Herrschaft fordert z. B. der Eigenthümer die Restitution seiner Sache von jedem Besitzer. Vgl. oben §. 42. u. §. 48.

2) Vgl. Pr. I. *h. t.* „Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei". L. 3 pr. D. *de obl. et actionib.* (XLIV. 7). „Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum". L. 13. §. 6. D. *de act. emti vend.* (XIX. 1.).

3) Vgl. L. 75. §. 10. L. 103. D. *de V. O.* (XLV. 1.). L. 25. §. 1. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1).

4) L. 189. D. *de verb. sign.* „Facere oportere et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, et curaret, ne fiat".

5) S. z. B. L. 18. §. 1. D. *de acceptil.* (XLVI. 4.) und vgl. die Actionenformeln bei *Gaj.* IV. §. 60. 131. u. a. O.

6) L. 9. pr. D. *loc. cond.* XIX. 2. (— „ut ei *praestetur*, *frui quod conduxit licere*") — L. 1. §. 35. D. *depositi* XVI. 3. (— „non solum *dolum*, sed etiam *culpam* et *custodiam praestet*, non tamen *casus fortuitos*"). — L. 4. D. *de her. vel act. vendita* (XVIII. 4.) — „locupletem esse debitorem, non debere praestare, debitorem autem esse, praestare".

7) L. 10. D. *de verb. sign.* — „Quod si natura debetur, non sunt creditorum loco". L. 108. *eod.* L. 41. D. *de pecul.* (XV. 1.). L. 7. §. 4. D. *de pact.* (II. 14.).

8) §. 1. I. *h. t.* „Civiles sunt, quae aut legibus constitutae, aut certe jure civili comprobatae sunt; praetoriae sunt, quas Praetor ex sua jurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur".

9) §. 2. I. *h. t.* Vgl. *Gaj.* III. §. 88.

10) L. 1. pr. D. *de obl. et actionib.*

§. 187.

II. Subject der Obligation.

Tit. Inst. de duobus reis stipulandi et promittendi (III. 17.).

Bei jeder Obligatio stehen zwei Personen einander gegenüber, von denen die eine (Creditor) fordern darf, die andere (Debitor) leisten muß [1]). Sehr häufig aber sind beide Obligationsinteressenten zugleich Creditor und Debitor; man nennt die Obligation alsdann eine gegenseitige (s. §. 194.). Auch können auf jeder Seite mehrere Interessenten — plures rei [2]) — vorkommen, entweder dergestalt, daß Jeder nur für seinen Antheil — pro rata oder pro parte — berechtigt oder verpflichtet ist [3]), oder so, daß Jeder vollständig (in solidum) fordern darf oder leisten muß [4]). Nicht zu verwechseln hiermit ist der Fall, wenn durch den nämlichen obligatorischen Act Recht oder Verbindlichkeit in der Art für Mehrere begründet wird, daß das Object mehrmals geleistet werden muß, also Jeder für sich und ganz unabhängig von Anderen denselben Gegenstand zu fordern ein Recht hat [5]), oder zu leisten verbindlich ist [6]). Hier existiren eben so viele, völlig von einander verschiedene Obligationen, als berechtigte oder verpflichtete Personen vorhanden sind, wogegen bei solidarischen Obligationen dasselbe Object nur einmal zu leisten ist [7]). Manche dieser Obligationen nun erscheinen eben nur durch die Einheit des Entstehungsgrundes und des Objects als eine und dieselbe Obligation für Mehrere, in subjectiver Hinsicht dagegen sind auch sie als verschiedene Obligationen zu betrachten, weshalb denn nur durch Solution, nicht aber auch durch einen auf die einzelnen Interessenten sich beziehenden juristischen Aufhebungsact die Obligation zerstört wird [8]). Eine wahre juristische Einheit der Obligation findet sich nur bei der eigentlichen Correalobligation [9]), deren Interessenten gewöhnlich als plures rei stipulandi und promittendi bezeichnet werden [10]), ungeachtet dies Verhältniß nicht blos durch Stipulation begründet wird [11]). Erheblich modifizirt ist übrigens die Wirksamkeit der Correal-

obligation durch Justinians Verordnung, daß nicht schon durch Litiscontestation mit einem Interessenten Recht oder Verbindlichkeit der Uebrigen aufgehoben werde [12]). Auch hinderte diese Einheit zu keiner Zeit weder eine factische Theilung [13]) — sofern der Gegenstand diese zuließ — noch das Ausscheiden eines der Interessenten, weshalb denn diejenigen auf die Obligatio und deren Bestand Bezug habenden Ereignisse auch nur persönlich wirkten, welche entweder überhaupt keine streng civilrechtliche Bedeutung hatten [14]), oder nur die Persönlichkeit eines der Interessenten berührten [15]). — Es kann übrigens das solidarische und Correalobligationsverhältniß nicht blos in der Art vorkommen, daß die dabei concurrirenden Personen Prinzipalinteressenten der Obligation sind, sondern auch so, daß Einer hauptsächlich, ein Anderer nur accessorisch bei der Obligation interessirt ist. Einen accessorischen Beitritt zu einer fremden Obligation als Gläubiger — oder durch Adstipulation [16]) — kennt jedoch das neuere Recht nicht mehr [17]), wogegen die accessorische Uebernahme einer fremden Schuldverbindlichkeit — Adpromission, Intercession — auf mehr als eine Art geschehen kann [18]).

1) L. 42. D. *de pact.* (II. 14).

2) S. die Rubrik des Institutionentitels, ferner L. 5. D. *de duobus reis constituendis* (XLV. 2.) und vgl. *Cic.* de Or. II. 33. „Reos appello non eos modo, qui arguuntur, sed omnes, quorum de re disceptatur".

3) Vgl. L. 4. §. 1. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.). L. 11. §. 2. D. *de duob. reis constituend.*

4) L. 2. D. *de duob. reis constituend.* Vgl. Note 7.

5) S. L. un. §. 5. C. *de caduc. toll.* (VI. 51.).

6) L. 55. §. 1. D. *de administr. tutor.* (XXVI. 7). L. 31. D. *de injur.* (XLVII. 10.).

7) § 1. I. *h. t.* „Ex hujusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur: in utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat". L. 1. §. 4. D. *de eo per quem factum erit* rel. (II. 10.). L. 17. pr. D. *de dolo* (IV. 3.).

8) L. 3. 4. D. *de his qui effuder. vel dejecer.* (IX. 3) — „liberantur perceptione, non litis contestatione" —. L. 1. § 43 D. *depos.* (XVI. 3.) — „non enim electione, sed solutione liberantur". — L. 15. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII. 3.).

9) L. 31. §. 1. D. *de novationib.* (XLVI. 2.) — „Si duo rei stipulandi sint, — — unum judicio petentem totam rem in judicium deducere, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem —. Secundum quae, si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit" —. L. 16. pr. D. *de acceptil.* (XLVI. 4.).

10) L. 1. L. 11. D. *de duob. reis const.* Vgl. auch Note 2.

11) L. 16. in f. *de legat.* II.

12) L. 28. C. *de fidejussorib.* (VIII. 42.).

13) L. 8. §. 1. in f. *de legat.* I.

14) L. 32. §. 4. D. *de usur.* (XXII. 1.). L. 173. §. 2. D. *de regul. jur.* — Vgl. L. 3. §. 3. D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3.).

15) S. z. B. L. ult. D. *de duob. reis constit.*

16) *Gaj.* III. §. 110—114. 117. 126. Vgl. ebendas. §. 100.

17) §. 13. I. *de inutilib. stipulat.* (III. 19.). L. un. C. *ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant* (IV. 11.). Vgl. *Gaj.* III. §. 100.

18) L. 5. §. 2. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.). L. 43. D. *de solut.* (XLVI. 3.). — L. 8. §. 2. D. *ad SCt. Vellej.* (XVI. 1.). Vgl. hierüber unten §. 225.

§. 188.

III. Gegenstand oder Inhalt der Obligation.
1. Ueberhaupt betrachtet.

Object eines Forderungsverhältnisses sind im Allgemeinen fremde Handlungen (§. 186.), deren besonderer Inhalt oder Gegenstand so mannigfaltig seyn kann, als es physisch und rechtlich mögliche Leistungen giebt [1]), die eine pecuniäre Schätzung zulassen [2]); denn jede Forderung muß sich auf Geld zurückführen lassen, weshalb denn die Condemnatio in den formulae actionum auf Geld lautete, auch wenn etwas anderes gefordert wurde [3]). Das Object nun, welches den eigentlichen und nächsten Gegenstand der Obligatio bildet, ist bald ein certum, bald ein incertum; Letzteres wenn es der Spezies oder der Quantität oder der Qualität nach unbestimmt ist [4]), so daß das wirklich zu Leistende entweder von dem Ermessen (arbitrium) dritter Personen abhängt [5]), oder von der Wahl eines Obligationsinteressenten, regelmäßig des Schuldners [6]). Außerdem muß der hauptsächliche Inhalt der Obligation von der accessorischen Leistung (causa

rei) wohl unterschieden werden. Dahin gehören die Accessionen, insonderheit die Erzeugnisse (fructus) des **Gegenstandes**, so wie dasjenige, was als rechtliches Interesse oder Schadensersatz zu leisten ist [7]). Doch darf dabei nicht übersehen werden, daß Schadensersatz nicht selten von vorn herein den eigentlichen und hauptsächlichen Gegenstand der Obligation bildet.

1) §. 1. 2. I. *de inutilib. stipulat.* — L. 26. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.).

2) L. 9. §. 2. D. *de statu liberis* (XL. 7.) — — „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt".

3) *Gaj.* IV. §. 48—51. — Vgl. oben §. 97 a. E.

4) L. 74. L. 75. pr. u. §. 1. D. *de verb. obl.* „Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, *quid*, *quale*, *quantumque sit*; ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum. Ubi autem non apparet, quid, quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. Ego si qui fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem".

5) L. 76. 77. 79. D. *pro socio* (XVII. 2.). L. 7. pr. D. *de contrah. emt.* (XVIII. 1.). L. ult. C. *eod.* (IV. 38.). L. 69. §. 4. D. *de jure dotium* (XXIII. 3.).

6) L. 34. §. 6. D. *de contrah. emt.* — L. 112. pr. D. *de verb. obl.* — Vgl. oben §. 177. Nr. 6.

7) L. 12. pr. D. *quod met. causa* (IV. 2.). L. 31. pr. D. *de rebus cred.* (XII. 1.). L. 8. §. 6. D. *de precario* (XLIII. 26.).

§. 189.

2. Insonderheit a) von den Accessionen des Leistungsgegenstandes (Zinsen).

Der Gläubiger hat ein (nach Verschiedenheit des Forderungsverhältnisses zu verschiedenen Zeiten beginnendes) Recht auf den Zuwachs der Sache und ihre Erzeugnisse [1]), die natürlichen nicht blos, sondern auch die s. g. Civilfrüchte [2]). Bei Forderungen, deren Gegenstand eine Quantität fungibler Sachen ist, besonders eine Geldsumme, sind sehr häufig neben dem Capital (sors) auch Zinsen (usurae) zu entrichten, zur Compensation des dem Schuldner zugestandenen oder dem Gläubiger entzogenen Gebrauches der

schuldigen Summe [3]). Beruht die Zinsverbindlichkeit auf einem besonderen Geschäft, so heißt dasselbe foenus, und auch die Zinsen selbst werden so genannt [4]). Ueberhaupt aber sind die Zinsen, welche kraft einer darauf gerichteten besonderen Obligatio gefordert werden können, von denen wohl zu unterscheiden, auf welche der Richter bei bonae fidei judicia, gleichsam als eine natürliche Folge der Hauptobligation, erkennen darf —, usurae, quae officio judicis praestantur [1]). Die einen wie die anderen sind aber gewissen Beschränkungen unterworfen. Zuvörderst ist ein Maximum gesetzlich bestimmt (Zinsfuß), über welches hinaus Zinsen weder durch privatautonomische Bestimmungen festgesetzt, noch vom Richter zuerkannt werden dürfen. Der älteste uns bekannte Zinsfuß bei den Römern war foenus unciarium [6]). Zur Zeit der juristischen Klassiker und noch bis auf Justinian ist der höchste regelmäßige Zinsfuß **12** Procent, unter dem Namen legitimae, maximae usurae, auch (von dem Gebrauch monatlicher Zinszahlung) centesima usura [7]), im Gegensatz der usurae minores oder leviores, worauf vielfältig die Richter nur erkennen durften [8]). Justinian bestimmt den regelmäßigen Zinsfuß auf **6** Procent (usurae semisses), personae illustres dürfen nur vier Procent (usurae trientes) nehmen, Kaufleute dagegen **8** Procent (usurae besses) und ausnahmsweise ist auch noch der Zinsfuß von **12** Procent anerkannt [9]), namentlich für das foenus nauticum, d. i. für die Fälle, in welchen der Gläubiger die Gefahr eines über See zu versendenden Capitals (trajectitia pecunia) übernimmt [10]). Außerdem ist der Anatozismus verboten, d. h. von Zinsen dürfen keine Zinsen genommen werden [11]); auch wird der Zinsenlauf gehemmt, wenn rückständige Zinsen die Höhe des Capitals erreicht haben [12]).

1) L. 7. pr. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII. 6.). L. 13. §. 10. D. *de act. emti vend.* (XIX. 1.). L. 38. D. *de usuris* (XXII. 1.).

2) L. 13. §. 13. D *de act. emti vend.* (XIX. 1.). L. 39. § 1. *de legat.* I.

3) *Varro* de ling lat. Lib. IV. in f — „*Usura*, quod in sortem accedebat" —. *Isidorus* origin. Lib. V. c. 25. — „Usura — —

ab usu aeris crediti nuncupata". — Auch die Zinsen gehören, gleich den Miethsgeldern, zu den s. g. Civilfrüchten (vicem fructuum obtinent); L. 34. 36. D. *de usuris.* (S. oben §. 99. Note 10.)

4) L. 33. D. *de reb. credit.* (XII. 1.) — „ne hi, qui provinciam regunt, quive circa eos sunt, negotientur, mutuamve pecuniam dent, *foenusve exerceant*". — L. 24. pr. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII. 2.).

5) L. 49. §. 1. D. *de act. emti vend.* L. 54. pr. D. *loc. cond.* (XIX. 2.).

6) L. XII. Tab. VIII. Fr. 18. (oder III. 2.) *Tacit.* annal. Lib. VI. c. 16.

7) L. 38. D. *de negot. gest.* (III. 5.). L. 4. §. 1. D. *de naut. foenore* (XXII. 2.). Vgl. L. 26. §. 1. D. *de cond. indeb.* (XII. 6.). — L. 7. §. 10. D. *de administr. tut.* (XXVI. 7.). L. 1. C. *de usur. rei jud.* (VII. 54.). — L. 26. §. 1. C. *de usuris* (IV. 32.).

8) Vgl. L. 12. §. 9. D. *mandati* (XVII. 1.). L. 7. §. 10. D. *de administr. tut.* (XXVI. 7.).

9) L. 26. §. 1. C. *de usuris.*

10) L. 1. D. *de nautico foenore* (XXII. 2.). „Trajectitia pecunia est, quae trans mare vehitur —. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent; tunc enim trajectitia pecunia fit". — Ausgedehnt wurde dies Recht auch auf andere von dem Gläubiger übernommene Gefahren; L. 5. *eod.* Früher war hierbei das Zinsquantum an gar keine Bestimmtheit gebunden; arg. L. 4. pr. *eod.*

11) L. 26. §. 1. D. *de cond. indeb.* (XII. 6.). L. 28. C. *de usuris.* Vgl. *Cic.* ep. ad Att. ep. 21. in med.

12) L. 26. §. 1. D. *de cond. indeb.* L. 10. C. *de usur.*

§. 190.

b) Vom Schadensersatz. *α.* Allgemeine Grundsätze hierüber. (Vom zufälligen Schaden.)

Die Ursachen einer Vermögensverminderung, die man vorzugsweise Schaden — damnum [1]) — zu nennen pflegt, können mannigfaltiger Art seyn, und davon hängt auch großen Theils die Beantwortung der Frage ab: ob der, den der Schaden trifft, auf dessen Erstattung (damni praestatio) Anspruch machen dürfe? Niemand kann Erstattung eines Schadens verlangen, den er selber verursacht hat [2]), und in der Regel muß auch einen zufälligen Schaden der allein tragen, den er trifft [3]). Es trifft aber der Schade den Eigenthümer, wenn ein Eigenthumsobject durch ein zufälliges

Ereigniß abhanden gekommen, zerstört oder beschädigt ist [4]), außer wenn eine individuell bestimmte Sache aus einer Obligation zu leisten ist, in welchem Fall die Gefahr des Zufalls in der Regel der trägt, dem geleistet werden sollte [5]); sind Handlungen anderer Art Gegenstand der Leistung, so trifft die Gefahr der zufälligen Behinderung zunächst ebenfalls den, der sie zu fordern hatte, doch hat der Prästant hier nicht allemal ein Recht auf die Gegenleistung [6]). Die Gefahr des zufälligen Schadens kann aber durch Vertrag von dem übernommen werden, der ihn regelmäßig nicht zu tragen hat [7]), und außerdem kann eine rechtswidrige Handlungsweise Grund der Verpflichtung zum Schadensersatz seyn [8]), ja in manchen Fällen wird Jemand verpflichtet zur Erstattung eines Schadens, der durch ein ihm nicht zuzurechnendes, folglich für ihn zufälliges Ereigniß entstanden ist [9]).

1) L. 3. D. *de damno infecto* (XXXIX. 2.). „Damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt". Vgl. L. 11 pr. D. *ad exhib.* (X. 4.). L 2. § 11. D. *ne quid in loco publ.* (XLIII. 8.).

2) L. 1. § 5. in f. D. *de injur.* (XLVII 10.) — — „nulla injuria est, quae in volentem fiat". — L. 203. D. *de regul. jur.* „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire". Vgl. L. 45. §. 4. D. *ad Leg. Aquil.* (IX. 2.).

3) L. 23. in f. D. *de regul. jur.* — „Animalium *casus* mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum —, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum *a nullo praestantur*". S. auch die folg. Note.

4) §. 2. I. *quib. mod. re contr. obl.* (III. 14.). Arg. § 3. in f. I. *de loc. et cond* (III. 25.). L. 12. C. *de loc. et cond.* (IV. 65.).

5) L. 8. pr. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII. 6.). Vgl. L. 5. §. 1. in f. D. *de praescr. verb.* (XIX 5.).

6) L. 19. § 9. L. 38. D. *loc. cond.* (XIX. 2.). L. 1. §. 13. D. *de extraord. cognit.* (L. 13.). Vgl. L. 15. §. 6. D. *loc. cond.*

7) L. 78. §. 3. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.). L 9. § 2. D. *loc. cond.*

8) L 18. pr. D *commodati* (XIII. 6.). L. 1. §. 4. in f. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.). — L. 14. § 10. D. *quod met. causa* (IV. 2.). L. 40 pr. D. *de her. pet.* (V. 3). — L. 5. D. *de reb. credit.* (XII. 1.). L. 8. §. 1. D. *de condict. furtiva* (XIII. 1.).

9) S. z. B. L. 3. §. 1. D. *naut, caupon., stabul. ut recepta restit.* (IV. 9.). L. 6. §. 1. D. *de his qui effuder. vel dejecer.* (IX. 3). L. 1. D. *de noxalib. actionib.* (IX. 4.). L. 9. §. 3. D. *de damno inf.* (XXXIX. 2.).

§. 191.

β. Rechtsverletzung.

Gewöhnlich ist eine verübte Rechtsverletzung — injuria [1]) — der Grund einer Verpflichtung zum Schadensersatz, möge nun die verletzende Handlung eine Obligatio erst begründen, oder die Verletzung einer bereits vorhandenen Obligatio enthalten. Um indessen Jemanden auf Schadensersatz in Anspruch nehmen zu können, muß die Rechtsverletzung ihm (unmittelbar oder mittelbar) zugerechnet werden können. Dies setzt, außer der Zurechnungsfähigkeit [2]), das Vorhandenseyn einer Schuld — culpa im w. S. [3]) — voraus, also entweder Dolus, d i. volles Bewußtseyn des Unrechts, verbunden mit der Absicht eines rechtswidrigen Erfolgs [4]), oder Culpa in der gewöhnlichen Bedeutung, d. i. jede sonstige rechtswidrige und zurechnende Handlungsweise, die man im Allgemeinen Unvorsichtigkeit oder Fahrlässigkeit zu nennen pflegt. Sie kann durch ein positives Handeln und durch Unterlassung pflichtmäßiger Obliegenheit (negligentia) begangen werden; die letztere (culpa in non faciendo) kommt aber nur in Betracht, wenn Jemand zu einem bestimmten Handeln oder doch zur Abwendung von Nachtheilen (also überhaupt zur Fleißanwendung) verpflichtet ist [5]), sie setzt mithin das Vorhandenseyn einer Obligatio oder einer obligationsmäßigen Verbindlichkeit voraus [6]). Dabei werden aber zwei Grade unterschieden: lata und levis culpa. Jene ist vorhanden, wenn der Verpflichtete es an der jedem verständigen Menschen gewöhnlichen Aufmerksamkeit fehlen läßt [7]); aber auch, wenn sich beweisen läßt, daß er die ihm bei eigenen Angelegenheiten gewöhnliche Aufmerksamkeit den fremden nicht gewidmet habe, ist das Daseyn von lata culpa anzunehmen [8]); (s. g. lata culpa in abstracto). Sie wird sehr häufig als Dolus bezeichnet, da sie gleiche civilrechtliche Folgen erzeugt, wie der wirkliche Dolus [9]), und insofern der Culpa schlechthin entgegengesetzt, worunter alsdann die levis culpa zu verstehen ist [10]), d. h. die Unterlassung der Sorgfalt und des Fleißes, den ein umsichtiger und ordnungsliebender

Mann (diligens paterfamilias) anzuwenden pflegt [11]). Wer aus einer Obligatio keinen Vortheil erwarten darf, haftet in der Regel nur für dolus und lata culpa [12]), außer im Fall einer unentgeldlichen Geschäftsführung [13]). Uebrigens giebt es Fälle, in welchen Jemand an sich zwar wegen (levis) culpa verantwortlich gemacht wird, allein von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz frei ist, wenn er beweist, er habe jedenfalls den ihm überhaupt gewöhnlichen Fleiß (diligentiam, qualem in suis rebus) beobachtet [14]); die Unterlassung einer solchen Vorsicht pflegt man in Fällen dieser Art levis culpa in concreto zu nennen. Besonders auszuzeichnen ist die Pflichtwidrigkeit, welche sich als Verzögerung einer schuldigen Leistung (mora solvendi, m debitoris), oder einer durch nichts behinderten Entgegennahme (mora accipiendi, creditoris) kund giebt [15]). Die erstere tritt auch wohl von selbst (d. h. ohne voraufgegangene Mahnung) ein und heißt alsdann mora ex re, im Gegensatz der mora ex persona [16]). Die Folgen der mora sind: höhere Haftungsverbindlichkeit [17]) und Verpflichtung zum vollen Schadensersatz [18]); besondere Folgen können auch durch Vertrag oder Testament festgesetzt seyn [19]). Es kann aber eine Befreiung von den Nachtheilen der Mora (s. g. morae purgatio) für die Zukunft dadurch bereitet werden, daß der Säumige sich zur Leistung oder Annahme auf gehörige Art erbietet [20]).

1) Pr. I. *de injuriis* (IV. 4.) „Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit". L. 5. §. 1. D. *ad Leg. Aquil.* (IX. 2.). — L. 151. D. *de regul. jur.* „Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet".

2) L. 60. D. *de rei vind.* (VI. 1.). L. 5. §. 2. D *ad Leg. Aquil.* (IX. 2.).

3) L. 5. §. 1. *ad Leg. Aquil.*

4) L. 2. § 8. D. *de vi bonorum raptorum* (XLVIII. 8.). Vgl. oben §. 38. Note 5. – L. 27. §. 3. D. *de pactis* (II. 14.) „Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur".

5) Anders verhält es sich, wenn durch ein positives Handeln Schaden gestiftet wird. L. 44. pr. D. *ad Leg. Aquil.* „In lege Aquilia et levissima culpa venit".

6) Dahin gehört auch der Besitz einer fremden Sache; L. 34. §. 3 D. *de her. pet.* (V. 3.). L. 63. D. *de rei vind.* (VI. 1.)

7) L. 213. §. 2. D. *de verb. sign.* „Lata culpa est nimia negli-

gentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt". L. 223. pr. *eod.* Vgl. L. 8. §. 10. D. *mandati* (XVII. 1.).

8) L. 32. D. *depositi* (XVI. 3.) — — „nisi ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit".

9) L. 1. §. 1. D. *si mensor fals. mod. dixer.* (XI. 6.) — „lata culpa plane dolo comparabitur." — L. 29. pr. D. *mandati.* — „dissoluta enim negligentia prope dolum est". — Vgl. L. 68. D. *de rei vind.*

10) L. 8. §. 3. D. *de precar.* (XLIII. 26.). L. 23. D. *de regul. jur.*

11) L. 65. pr. D. *de usufr.* (VII. 1.). L. 18. pr. D. *commodati* (XIII. 6.). — L 25. pr. D. *de probat.* (XXII. 3.) — „homo diligens et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est, in aliquo facile errare". —

12) L. 5. §. 2. D. *commodati.* S. übrigens L. 1. §. 1. D. *si mensor. fals. mod.* u. L. 8. §. 3. D. *de prec.*

13) §. 1. in f. I. *de obl. quae quasi ex contr.* (III. 27.). L. 11. u. 13. C. *mandati* (IV. 35.).

14) S. z. B. L. 25. §. 16. D. *fam. ercisc.* (X. 2.). L. 72. D. *pro socio* (XVII. 2.).

15) Vgl. L. 63. D. *de regul. jur.* L. 21. D. *de usuris* (XXII. 1.). L. 17. D. *de pecun. constituta* (XIII. 5.).

16) L. 32. pr. D. *de usur.* „Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit". L. 26. §. 1. D. *de fideicommiss. libert.* (XL. 5.). L. 7. C. *de cond. ob. turp. caus.* (IV. 7.).

17) L. 91. §. 3. 4 D. *de verb. obl.* (XLV. 1.) — — „perpetuatur obligatio tam ipsorum (debitorum) quam successorum eorum". L. 5. D. *de reb. credit.* (XII. 1.). — L. 72. pr. D. *de solut.* (XLVI. 3.) — — „pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse". L. 105. D. *de verb obl.*

18) L. 32. §. 2. D. *de usur.* L. 114. D. *de verb. obl.* — L. 38. §. 1. D. *de act. emti et vend.* (XIX. 1.). Vgl. auch L. 3. §. 4. *eod.*

19) L. 47. D. *de a. emti et vend.*

20) L. 8. pr. L. 14. pr. D. *de novat.* (XLVI. 2.). L. 73. §. 2. D. *de verb. obl.* — L. 91. §. 3. D. *eod.*

§. 192.

γ. Größe des zu leistenden Schadensersatzes. (Rechtliches Interesse).

Auch das Quantum des zu leistenden Schadensersatzes richtet sich meistens nach den Gründen desselben. Wer durch sein imputables Unrecht (dolus, culpa, mora) Schaden verursacht hat, muß das volle Interesse (id quod interest,

damnum esse factum s. non esse factum) erstatten [1]), d. h. sowohl die Verminderung des wirklichen Vermögens (s. g. damnum emergens), als auch den dadurch eingebüßten Vermögenszuwachs (lucrum cessans) [2]). In manchen Fällen (ursprünglich nur wegen dolus oder contumacia non restituentis vel non exhibentis) darf der Verletzte das Quantum des zu leistenden Interesse durch seinen Eid (Würderungseid, jusjurandum in litem) festsetzen [3]); nach einer Bestimmung Justinians soll übrigens die richterliche Zuerkennung eines Schadensersatzes in Beziehung auf Gegenstände, die eine feste Schätzung zulassen, das Doppelte ihres Werthes nicht übersteigen [4]). Bisweilen geht die Erstattungsverbindlichkeit auf den wahren Sachwerth [5]), der, nach Verschiedenheit des Falls, bald weniger, bald mehr als das Interesse umfaßt [6]). Dies wird denn wohl so ausgedrückt: die Forderung gehe nicht auf das quod interest, sondern auf quanti res est [7]). Doch bedeutet der letztere Ausdruck an sich eben so viel, wie der erste, und die Erklärung: das quanti res est, oder quanti rem esse paret habe nur den Sachwerth zum Gegenstande [8]), kann sehr füglich den Sinn haben, daß in dem besondern Fall nicht das Interesse, sondern der Sachwerth den Gegenstand der Forderung auf Schadensersatz bilde. Für einzelne Fälle gelten übrigens noch ganz eigenthümliche Grundsätze in Beziehung auf das Quantum einer Ersatzverbindlichkeit [9]), insbesondere aber für die aus Delicten entspringenden Forderungsrechte [10]).

1) L. 68. D. *de rei vind.* (VI. 1.). L. 7. C. *arbitr. tut.* (V. 51.).

2) L. 1. §. 41. D. *de vi* (XLIII. 16.). L. 13. pr. D. *ratam rem haberi* (XLVI. 8.). — „quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest, quantumque lucrari potui". — Vgl. L. 21. §. 3. D. *de act. emti et vend.* (XIX. 1.) „Quum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem veniet, quae modo circa ipsam rem consistit".

3) L. 2. §. 1. D. *de in litem jurando* (XII. 3.).

4) L. un. C. *de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur* (VII. 47.).

5) S. z. B. L. 112. §. 1. *de leg.* I. u. die Note 7. Vgl. auch L. 1. §. 20. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII. 3.).

6) L. 9. §. 8. in f. D. *ad exhib.* (X. 4.).

7) L. 1. §. 4. D. *si quis jus dic. non. obtemper.* (II. 3.).

8) L. 179. L. 193. D. *de verb. sign.*

9) S. L. 2. §. 4. D. *ad Leg. Rhod. d. jactu* (XIV. 2.).

10) S. z. B. §. 5. I. *de obl. quae ex del.* (IV. 1.). §. 9. und 14. I. *de lege Aquil.* (IV. 3.). Vgl. unten Cap. 3. §. 215—217.

§. 193.

IV. Wirkung der Obligation. 1. *Civilis* und *naturalis obligatio.*

Eine vollkommen wirksame Obligatio erzeugt ein Forderungsrecht, eine actio, auf Erfüllung (§. 186. Note 7.). Indessen giebt es auch rechtlich anerkannte Obligationen, deren Erfüllung nicht durch actio erzwungen werden kann. Sie heißen naturales obligationes, im Gegensatz der civiles, d. i. der klagbaren [1]), und begründen stets eine exceptio gegen die Zurückforderung dessen, was auf den Grund derselben geleistet ist [2]), auch können sie, wie eine vollkommene Obligatio, durch Pfandrecht und Bürgschaft sicher gestellt werden [3]), so wie andere Wirkungen, außer der Klage, haben, welche ihnen eine rechtliche Bedeutung verschaffen [4]). Die Gründe, weshalb eine Obligatio nur als naturalis erscheint, können mannigfaltiger Art seyn. Meistens beruhen sie auf dem Mangel einer civilrechtlichen Begründungsart der Obligatio [5]), sodann auf mangelnder oder unvollständiger Persönlichkeit ihres Urhebers [6]). Steht einer civilis obligatio eine exceptio perpetua entgegen [7]), so hat dies gewöhnlich die Wirkung, wie wenn die Obligatio gar nicht existirte [8]); bisweilen bleibt aber in solchen Fällen eine naturalis obligatio zurück [9]).

1) L. 16. §. 3. D. *de fidejussorib.* (XLVI. 1.). §. 1. I. *eod.* — Civilis obligatio in diesem Sinn ist ein abgeleiteter Begriff, indem ursprünglich nur die im jus civile begründeten oder anerkannten Obligationen eine actio erzeugten; daher werden bisweilen auch wohl, wenn von dem Gegensatz zwischen klagbaren und klaglosen Obligationen die Rede ist, neben den civiles noch die honorariae genannt und beide den naturales obl. entgegengesetzt. So in L. 1 §. 1. D. *de novat.* (XLVI. 2.) „Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis, an *civilis*, an *honoraria* — —; — — dummodo sequens obligatio *aut civiliter teneat*, *aut naturaliter*".

2) L. 19. pr. L. 64. D. *de cond. indeb.* (XII. 6.). L. 7. §. 4. D. *de pact.* (II. 14.).

3) L. 5. pr. D. *de pignorib.* (XX. 1.). L. 16. § 3. D. *de fidejussor.*

4) L. 6. D. *de compensat.* (XVI. 2.). L. 1. §. 1. D. *de novat.* L. 1. §. 6. 7. D. *de constit. pec.* (XIII. 5.).

5) L. 7. §. 4. D. *de pact.* — „nuda pactio actionem non parit, sed parit exceptionem". L. 84. § 1. D. *de regul. jur.*

6) L. 14. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.). L. 1. §. 1. D. *de novat.*

7) L. 3. §. 1. D. *de consit. pec.* „Si quis constituerit, quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat, id est, per exceptionem" —.

8) L. 112. D *de regul. jur.* „Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur". L. 66. *eod.* L. 9. C. *ad SCt. Vellej.* (IV. 29.).

9) L. 19. pr. L. 40. pr. D. *de cond. indebiti.*

§. 194.

2. Einseitige und gegenseitige Obligationen.

Wie nennen einseitige Obligationen diejenigen, woraus nur für einen der Obligationsinteressenten eine actio entsteht, gegenseitige, welche möglicherweise für beide eine actio erzeugen. Ist hierbei das Rechtsverhältniß beider Interessenten wesentlich gleich, so daß mit dem Entstehen der Obligatio jeder Theil nothwendigerweise ein Forderungsrecht wider den anderen hat, so nennt man sie eine vollkommen gegenseitige, wenn dagegen die actio des Einen eine directa, d. h. jedenfalls mit der Obligatio verbunden ist, die des Anderen nur eine contraria, d. h. durch besondere, mit dem Wesen der Obligatio nicht zusammenhängende Umstände veranlaßt wird [1]), so wird sie eine unvollkommen gegenseitige genannt. Zum Theil mit diesem Gegensatz zusammenhängend ist ein anderer, den man so ausdrücken darf: die Obligationen sind entweder strenge, wobei, wenn es zur gerichtlichen Geltendmachung kommt, ein judicium (im Sinne des älteren Rechts) eintritt, oder sie haben eine freiere Natur, und das rechtliche Verfahren darüber heißt arbitrium [2]). Jene können auch stricti juris obligationes genannt werden, wenngleich der Name stricti juris judicia oder actiones [3]), so wie die analoge Benennung condictiones [4]) nicht für alle Fälle gebräuchlich war, wobei ein judicium eintrat [5]). Von den freier zu behandelnden Obliga=

tionen ist ein großer Theil dadurch ausgezeichnet, daß die daraus entspringenden Klagen bonae fidei actiones heißen[6]). Ihnen liegt ein bonae fidei negotium [7]) zu Grunde, — ein obligatorisches, an Formen nicht gebundenes, Rechtsgeschäft [8]), das gegenseitig (wenngleich nicht immer vollkommen) obligirend ist, und dessen Wirkungen hauptsächlich nach dem, was die Rücksicht auf Treue und Glauben (bona fides) mit sich bringt, zu bestimmen sind [9]). Der Name bonae fidei actio wird freilich nur auf die civilrechtlichen Actionen bezogen, welche den angegebenen Character haben (s. Note 6.); doch wurden die durch prätorische Rechtsmittel geschützten Rechtsgeschäfte der Hauptsache nach auf gleiche Art behandelt. — Diejenigen Obligationen nun, welche (stricta juris) judicia zur Folge haben, sind sämmtlich einseitige, wogegen die ein arbitrium erzeugenden, soferne sie aus Verträgen und vertragsmäßigen Obligationen entspringen [10]), gegenseitige sind.

1) L. 17. §. 1. D. *commodati* (XIII. 4.) „Contraria commodati actio etiam *sine principali moveri* potest, sicut et caeterae, quae dicuntur contrariae. — Vgl. L. 8. §. 2. D. *de negot. gest.* (III. 5.). L. 1. §. 8. D. *de contraria tut. act.* (XXVII. 4.). — Nicht zu verwechseln mit diesen contr. act sind diejenigen, welche in gewissen Fällen dem von der Klage entbundenen Beklagten wider den Kläger auf einen bestimmten Theil des Prozeßobjects gegeben wurden; *Gaj.* IV. §. 174 bis 178.

2) S. oben §. 42. Nr. 2. und Note 9.

3) §. 28. I. *de actionib.* (IV. 6.). Vgl. L. 5. §. 4. D. *de in litem jur.* (XII. 3.).

4) *Gaj.* IV. §. 5. „Appellantur — in personam — actiones, *quibus dari fierive oportere intendimus*, condictiones". Ibid. §. 18. „Et haec quidem actio proprie condictio vocabatur: nam actor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die trigesimo adesset; nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam, qua intendimus, dari nobis oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit". (Vgl. §. 15. I. *de actionib.*). — *Gaj.* IV. § 19. „Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam: lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re". — Vgl *Theophil.* paraphr. ad §. 3. I. *de except.* — „*τὸ πάκτον τοῦτο οὐκ ἀναιρεῖ* ipso jure *τὸν κονδικτίκιον στρίκτιαν οὖσαν τὴν ἀγωγὴν*".

5) S. z. B. L. 7. pr. D. *de condictione furtiva* (XIII. 1.) „Si pro fure damnum decisum sit condictionem non impediri verissimum est: decisione enim furti quidem actio, non autem condictio tollitur". — Uebr. vgl. auch L. 25. pr. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.) „Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et

in personam, quae condictio appellatur". L. 1. C. *de don. quae sub modo* rel. (VIII. 55.) — „Nam non solum condictio — — — i. e. in *personam actio*".

6) §. 28. I. *de actionib.* Vgl. *Gaj.* IV. §. 62.

7) L 57. D. *de obl. et act.* „In omnibus *negotiis contrahendis, sive bona fide sint*, sive non sint" —.

8) Uebrigens ist auch hier das Recht auf analoge Rechtsverhältnisse übertragen, wenn ihre Entstehung auch nicht auf einem Geschäft beruht; s. §. 28. I. *de act.* — — — „bonae fidei sunt — — — familiae erciscundae, communi dividundo". § 4. I. *de obl. quae quasi ex contr.* (III. 27.).

9) *Cic.* de offic. III. c. 15. Top. c. 17. „In omnibus iis judiciis, in quibus *ex fide bona* est additum; ubi vero etiam: *ut inter bonos bene agier*, inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est: quid aequius, melius, parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum, bonum, illi quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cujus ea negotia fuissent, quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt". L. 7. D. *de negot. gest.* (III. 5.) — „tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio".

10) Denn die übrigen sind schon ihrer Natur nach einseitige, z. B. die durch ein Delict begründeten arbitria.

§. 195.

3. Collision mehrerer Forderungen.

Eine Collision von Forderungen ist vorhanden, wenn mehrere Creditoren aus verschiedenen Rechtsgründen Forderungsrechte haben, zu deren Befriedigung das Vermögen des Schuldners unzureichend ist. Für Fälle dieser Art tritt ein eigenthümliches Rechtsverfahren ein, welches damit beginnt, daß entweder der Schuldner sein Vermögen den Gläubigern abtritt [1]), oder diese auf ihr Nachsuchen eine missio in bona erhalten [2]). In beiden Fällen sind die Creditoren berechtigt, Behufs ihrer Befriedigung über das Vermögen des Gemeinschuldners zu disponiren [3]). Die Befriedigung selbst erfolgt pro rata, d. h. jede Forderung erleidet einen verhältnißmäßigen Abzug [4]). Indessen gehen anderen diejenigen Gläubiger vor, welche ein privilegium exigendi haben [5]), oder ein Pfandrecht, und unter mehreren Pfandgläubigern regelmäßig die älteren, wenn nicht andere ein privilegirtes Pfandrecht haben. (Vgl. oben §. 133.)

1) L. ult. D. *de cessione bonorum* (XLII. 3.). — L. 1. C. *qui bonis cedere poss.* (VII. 71.).

2) L. 7. §. 1. D. *quibus ex causis in possession. eatur* (XLII. 4.).

3) L. 2. pr. L. ult. D. *de curatore bonis dando* (XLII. 7.). — L. 1—3. D. *de reb. auctor. jud. possidendis seu vendundis* (XLII. 5.). — L. 3. L. 5. D. *de cessione bonor.*

4) L. 32. D. *de reb. auctor. jud. possid.* L 6. in f. C. *de bon. auct. jud. possid.* (VII. 72.). — L. un. C. *poenis fiscalib. creditores praeferri* (X. 7.).

5) S. z. B. L. 45. D. *de religiosis* (XI. 7.). L. 34. L. 38. §. 1. D. *de reb. auct. jud. possid.*

§. 196.

4. Milderungen der Forderungsrechte.

Das Recht des Gläubigers, auf sofortige und volle Erfüllung der Obligatio zu dringen, wird gemildert a) durch die manchen Schuldnern zustehende gesetzliche Rechtswohlthat, vermöge deren ihnen so viel gelassen werden muß, daß sie nicht von allen Subsistenzmitteln entblößt sind [1]); wir nennen dies Recht das beneficium competentiae [2]), das übrigens die Verbindlichkeit nicht ausschließt, bei verbesserten Vermögensverhältnissen das an der vollständigen Erfüllung Fehlende nachzuzahlen [3]). b) Durch freiwillige Vermögensabtretung (cessio bonorum), welche zwar ebenfalls von der Nachzahlung nicht befreiet [4]), doch aber dem Schuldner manche Vortheile gewährt [5]). c) Durch Gewährung eines Aufschubs (Stundung, Moratorium), entweder von der Mehrheit der Gläubiger [6]), oder vom Regenten [7]). Außerdem kann d) die Verbindlichkeit des Schuldners durch einen Nachlaßvertrag erleichtert werden, zu dessen Anerkennung ebenfalls die Minorität der Gläubiger, jedoch nur der nicht hypothecarischen, gezwungen werden kann [8]), was übrigens im röm. Recht nur für einen Fall anerkannt ist [9]).

1) L. 173. pr. D. *de reg. jur.* „In condemnatione personarum, *quae in id, quod facere possunt, damnantur*, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et *ipsarum ratio habenda est, ne egeant.*"

2) Einzelne Fälle s. L. 16—22. D. *de re jud.* (XLII. 1.). S. auch Note 3. u. 5. — Vgl. L. 25. *eod.* „Sciendum est, heredes earum personarum non in id, quod facere possunt, sed in integrum teneri."

3) L. 63. §. 4. D. *pro soc.* (XVII. 2.). L. un. §. 7. C. *de rei uxor. act.* (V. 13).

4) L. 7. D. *de cessione bonorum* (XLII. 3.). L. 1. C. *qui bonis cedere poss.* (VII. 71.).

5) S. z. B. L. 4. pr. D. *de cessione bonor.* „Is qui bonis cessit, si quid postea acquisierit, in quantum facere potest convenitur". S. auch L. 4. § 1. *eod.* L. 8. C. *qui bon. cedere poss.*

6) Die übrigens nicht schlechthin nach der Personenzahl zu bestimmen ist: L. 8. C. *qui bon. cedere poss.*

7) L. 2. u. 4. D. *de precib. imper. offer.* (I. 19). — Vgl. auch L. 105. D. *de solut.* (XLVI. 3.) „Quod dicimus — debere statim solvere, cum aliquo temperamento temporis intelligendum est: nec enim cum sacco adire debet." L. 21. D. *de judic.* (V. 1.).

8) L. 8 D. *de pact.* (II. 14.) „Majorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. Quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praeferendus est.". — L. 10. pr. *eod.* „Haec omnia in his creditoribus, qui hypothecam non habent, observanda sunt."

9) S. L. 7. §. 17 u. 19. L. 8. L. 9. L. 10. pr. D. *de pactis.*

Zweites Capitel.

Obligationen aus Verträgen.

§. 197.

1. Allgemeine Lehren. A) Begriff.

Ein Vertrag (conventio, pactum, pactio) enthält eine auf Begründung von Rechten [1]) oder Verbindlichkeiten gerichtete gesetzmäßige Uebereinkunft Mehrerer [2]). Der besondere Gegenstand und Zweck eines Vertrags kann mannigfaltiger Art seyn [3]); hier kommen nur die obligatorischen Privatverträge in Betracht, oder diejenigen, welche ein obligatorisches Privatrechtsverhältniß zum Gegenstand haben [4]). Aus der Natur des Begriffs folgt von selbst, daß ein Vertrag nicht eher als vorhanden angenommen werden kann, bis eine vollständige Einigung der Paciscenten vorliegt und auf gehörige Art erklärt ist [5]). Ausnahmsweise kann übrigens schon durch ein einseitiges Versprechen — votum, pollicitatio — eine Obligatio begründet werden [6]).

1) Es ist nicht nöthig hinzuzufügen: oder Verbindlichkeiten. S. oben §. 36. zu Anfang.

2) L. 1. §. 1—3. D. *de pact.* (II. 14.) — „est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et, qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt."

3) S. z. B. L. 10. in f. D. *de ritu nuptiarum* (XXIII. 2.) — — „matrimonium vel nuptias legitimas contrahere." — *Gaj.* II. §. 31. — §. 4. I. *de servit.* (II. 3.).

4) Auch die völkerrechtlichen Verträge — Friedensschlüsse und foedera (L. 7. §. 1. D. *de captiv.* XLIX. 15.) sind an sich obligatorischer Natur und werden daher auch von den Röm. Juristen mit den privatrechtlichen obligatorischen Verträgen unter einen Begriff gebracht (s. L. 5. D. *de pact.*). Freilich aber können sie keine actio begründen; *Gaj.* III. §. 94.

5) *Pauli* sent. rec. Lib. V. Tit. 12. §. 9. „Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur" —. Vgl. auch L. 17. C. *de fide instrum.* (IV. 21.) „Contractus venditionum, vel permutationum *rel.* quas in scriptis fieri placuit, — — non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta."

6) L. 2. pr. D. *de pollicitationib.* (L. 12.) „Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur" —. — L. 1. pr. u. §. 1. L. 3. pr. L. 4. D. *eod.*

§. 198.

B) Eingehung der Verträge.

Verträge kann man nicht blos in Person eingehen, sondern auch durch Stellvertreter abschließen lassen. Servi nun erwerben dem Herrn direct das Recht der Obligatio [1]), sie mögen den Vertrag auf ihre Person stellen oder auf die des Dominus [2]); dasselbe Recht galt von Verträgen der Hauskinder, bis das unmittelbare Erwerbsrecht durch filiifamilias aufgehoben wurde [3]). Die Begründung von Verbindlichkeiten für den Hausherrn durch obligatorische Handlungen hausuntertthäniger Personen war von jeher an besondere Voraussetzungen geknüpft [4]). Durch Verträge freier Stellvertreter können nun zwar activ und passiv Obligationen begründet werden, doch muß der Stellvertreter den Vertrag regelmäßig auf seinen Namen stellen [5]) und auf den Prinzipal (Dominus) wird nur mittelst Cession oder utiles actiones das Rechtsverhältniß übertragen [6]). Es kann aber

auch ein Contrahent festsetzen, daß entweder ihm oder einem Dritten geleistet werde, welcher dann solutionis causa adjectus heißt [7]). Da übrigens jeder Vertrag durch Consens wesentlich bedingt ist (§. 197.), so folgt von selbst a) daß nur die der Einwilligung fähigen Individuen Verträge schließen dürfen [8]), sodann b) daß der Mangel freier und selbstbewußter Willensbestimmung, also vis und metus, dolus, error, auch die Gültigkeit und rechtliche Wirksamkeit der Verträge hindere [9]). Daß übrigens ein Irrthum Ungiltigkeit des Vertrags nur begründet, sofern er als wesentliches Hinderniß des Consenses angesehen werden kann [10]), beruht auf einer durchaus natürlichen Ansicht der Sache; in der Anwendung auf besondere Arten der Verträge aber hat dieser Grundsatz manche rein positive Beimischung erhalten [11]).

1) Tit. Inst. *de stipulatione servorum* (III. 17.) und *per quas personas obligatio nobis acquiritur* (III. 28.).

2) §. 1. I. *de stipulat. servor.*

3) Vgl. §. 1. I. *de stipul. servor.* u. pr I. *per quas personas obl. nob. acq.* — — „quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis et usussfructus, quam nostra discrevit constitutio" —. S. oben §. 139.

4) Tit. Inst. *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur* (IV. 17.) und unten Cap. V. Abschn. II.

5) L. 73. §. 4. D. *de reg. jur.* L. 11. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.). L. 6. C. *si quis alteri vel sibi rel.* (IV. 50.).

6) L. 8. in f. D. *mandati* (XVII. 1.). L. 13. §. 25. D. *de act. emti et vend.* (XIX. 1.). L. 49. §. 2. D. *de acq. vel omitt. poss.* (XLI. 2.). L. 5. D. *de stipulat. praetor.* (XLVI. 5.). — Vgl. L. 9. §. 8. D. *de reb. credit.* (XII. 1.). L. 2. C. *per quas person. nob. acquir.* (V. 27.).

7) L. 56. §. 2. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.). L. 23. D. *de fidejussorib.* (XLVI. 1.). L. 59. D. *de solut.* (XLVI. 3.).

8) L. 46. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.).

9) §. 8—10. I. *de inutilib. stipulat.* (III. 19.). Pr. I. *de auctor. tut.* (I. 21.). L. 28. pr. D. *de pact.* (II. 14.). — Vgl. oben §. 38. Note 1. u. §. 86.

10) L. 116. pr. u. §. 2. D. *de regul. jur.* „Nihil consensui tam contrarium est, quam vis atque metus; quem comprobare contra bonos mores est. — Non videntur, qui errant, consentire." — L. 1. §. 1. u. 3. L. 2. pr. D. *de doli mali exc.* (XLIV. 4.). L. 9. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.). — Vgl. auch §. 38. Nr. a.

11) Vgl. z. B. L. 41. §. 1. D. *de contr. emt.* u. L. 22. D. *de verb. obl.*

§. 199.

C) Inhalt der Verträge.

Außer den oben (§. 188.) erwähnten Bestimmungen über den Gegenstand der Obligationen giebt es noch besondere, welche sich auf den möglichen Inhalt eines Vertrags beziehen, wohin besonders [1]) die gehört, daß eine fremde Handlung nicht wirksam versprochen werden darf [2]), sofern in dem Versprechen nicht ausdrücklich oder stillschweigend die Uebernahme der eignen Verbindlichkeit liegt [3]). Es kann aber ein Vertragsrecht durch rechtserlaubte Bedingungen aller Art beschränkt werden, durch aufschiebende wie durch auflösende [4]), ferner durch Zeitbestimmungen [5]), und durch die Auflage eines Modus [6]). Auf Inhalt und Zweck der Verträge beziehen sich auch folgende allgemeine Gegensätze: 1) die Verträge sind entweder verpflichtende (Rechte begründende), oder befreiende [7]); sodann 2) hauptsächliche und accessorische, d. h. solche, wodurch die Erfüllung der ersteren gesichert werde. Dies kann geschehen a) durch den Beitritt anderer Personen. (§. 187. am E.), b) durch rei obligatio oder pfandrechtliche Sicherheitsbestellung (§. 187 fg.), c) durch eidliche Zusicherung der Erfüllung, s. g. jusjurandum promissorium [8]), d) durch arrhae datio, welche freilich zunächst nur zum Beweise dient, daß der Vertrag zu Stande gekommen sey [9]), e) durch poenae stipulatio, oder Verabredung einer Conventionalpön, zu deren Entrichtung derjenige verpflichtet wird, welcher in Erfüllung der Obligatio sich säumig oder nachlässig beweis't [10]).

1) S. z. B. auch L. 25. pr. D. *de reg. jur.* Nov. 112. c. 1.

2) §. 3. Inst. *de inutilib. stipul.*

3) L. 38. pr. § 1. u. 2. L. 83. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.). L. 18. D. *ratam rem haberi* (XLVI. 8.).

4) L. 3. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.). L. 2. D. *de in diem addict.* (XVIII. 2.). L. 1. D. *de lege commissoria.* (XVIII. 3.).

5) L. 41. §. 1. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.).

6) S. L. 44. pr. D. *de obl. et act.* u. oben §. 37. Note 11.

7) L. 7. §. 8. D. *de pact.* (II. 14.) „Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam; in personam, quoties, ne a persona petam,

id est, ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem, an in personam pactum factum sit, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est" —. L. 21. §. 5. *eod.*

8) L. 1. C. *si advers. vendit.* (II. 28.). S. übrigens L. 7. §. 16. D. *de pact.*

9) Pr. I. *de emt. et vendit.* (III. 23.). — Vgl. L. 3. C. *de act. emti et vend.* (IV. 49.).

10) §. ult. I. *de verb. obl.* (III. 15.). L. 10. §. 1. D. *de pact.* L. 28. D. *de act. emti et vend.* (XIX. 1.).

§. 200.

D) *Contractus, pacta.*

Nicht alle Conventionen sind contractus, indem hierunter nur die civilrechtlich klagbaren Verträge verstanden werden, im Gegensatz der pacta [1]). Ursprünglich erzeugten jene allein eine actio, in der Folge erhielten auch einzelne pacta Klagbarkeit [2]), weßhalb denn diejenigen, welche nur eine exceptio, keine actio begründen, auch als pacta nuda bezeichnet werden [3]). Der Grund civilrechtlicher Klagbarkeit — causa, auch wohl civilis causa [4]) konnte seyn a) Hingabe einer Sache, unter der Verbindlichkeit der Zurückgabe, entweder in genere oder in specie (obligationes, quae re contrahuntur); b) Verpflichtung durch verba solemnia (verborum obligatio); c) die auf bestimmte Art erfolgte schriftliche Aufzeichnung einer Schuld (literarum obligatio); d) uraltes Gewohnheitsrecht, wonach in gewissen Fällen schon die bloße Einigung der Vertragsinteressenten Klagbarkeit bewirkte (obligationes quae consensu contrahuntur). Den zur ersten und vierten Classe gehörigen einzelnen Fällen war im gemeinen Verkehr eine kurze, ihr Wesen bestimmt bezeichnende Benennung beigelegt und im prätorischen Edict fanden sich dafür eigenthümliche Klagen (vulgares formulae s. actiones; s. §. 42. Nr. 3.). Außerdem wurde eine (civilis) actio gegeben, wenn über ein, auf Leistung und Gegenleistung gerichtetes, obligatorisches Verhältniß nicht blos eine Vereinbarung getroffen, sondern auch von der einen Seite wenigstens schon erfüllt war [5]); sie hieß civilis incerti, civilis in factum auch praescriptis verbis actio [6]).

In den geeigneten Fällen, so wie, wenn der andere Theil die Erfüllung weigerte, hatte derjenige, welcher zur Erfüllung der Obligatio etwas hingegeben hatte, die Wahl, entweder mittelst der erwähnten Klagen auf die Gegenleistung oder das Interesse zu klagen, oder mit der condictio causa data, causa non secuta das Gegebene zurückzufordern [7]). Hierauf gründen die Neueren den Unterschied zwischen benannten und unbenannten Contracten; nur von den erstern kann in der jetzt folgenden Darstellung der Contracte die Rede seyn (vgl. Note **6.** a. E.), sofern nicht die Aehnlichkeit der Rechtsverhältnisse auch zu der Erwähnung solcher Fälle, welche in die Kategorie der Innominatcontracte gehören, Veranlassung giebt.

1) L. 7. pr. §. 1. 2. 4. D. *de pactis* (II. 14.).

2) L. 6. L. 7. §. 5. D. *de pact.* — §. 8. I. *de actionib.* (IV. 6.).

3) L. 7. §. 4. D. *de pact.* — „nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem." *Pauli* sent. rec. II. 14. — „Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur." Vgl. unten Note 5.

4) L. 7. §. 2. 4. D. *de pact.* L. 49. §. 2. D. *de pecul.* (XV. 1.). Vgl. auch L. 1. pr. D. *de aestimatoria* (XIX. 3.).

5) L. 7. §. 1. 2. D. *de pact.* — — „Sed et si in alium contractum res non transeat, *subsit tamen causa*, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc *συναλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem." — L. 45. *eod.* „Divisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit". — L. 5. pr. in f. D. *de praescriptis verbis et in factum actionib.* (XIX. 5.) „Aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias" —. L. 8. in f. D. *eod.* — „nec videri nudum pactum intervenisse, quoties certa lege dari probaretur". L. 15. *eod.* — — „Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed *habet in se negotium aliquid*; ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis" —. (S. d. folg. Note.)

6) L. 7. § 2. D. *de pact.* — — „Julianus scribit, in factum actionem a Praetore dandam; ille ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere, esse enim contractum —, unde haec actio nascitur". — L. 1. D. *de praescript. verb.* „Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. — — *civilem actionem in factum* esse dandam Latro scribit. — — in *factum civilis* subjicitur *actio*". L. 2 – 4. *eod.* „Nam quum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est; in quam necesse est confugere, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt.

Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula". — Vgl. oben §. 42. Nr. 3.

7) L. 3. §. 2. D. *de condictione causa data causa non secuta* (XII. 4.) „Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, *si non facis*, possum condicere, *aut si me poeniteat, condicere possum*". L. 1. pr. §. 1. 2. *eod.* — L. 5. §. 1. D. *de praescr. verb.* — „nasci civilem obligationem, in qua id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere, vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datam, re non secuta". L. 7. *eod.*

§. 201.

II. Die Contracte. A. Die durch *rei datio* begründeten (s. g. Realverträge).

Tit. Inst. Quibus modis re contrahitur obligatio (III. 14.).

Wird etwas hingegeben unter der Verbindlichkeit, das Erhaltene entweder der Gattung nach, oder die hingegebene Species selbst zurückzugeben, so nennen wir dieses einen Realvertrag. Der reine Realvertrag beruht auf dem Grundsatz: re non contrahitur, nisi quatenus datum est [1]); es verändert daher der Contract seine Natur, wenn ausgemacht wird, daß ein Mehreres zurückgegeben werden solle [2]), oder wenn die Verpflichtung des Empfängers auf andere Gegenleistungen gerichtet ist [3]). Die einzelnen Arten dieser s. g. Realverträge sind: 1. der Darlehnsvertrag, mutuum oder mutui datio, d. i. die Hingabe vertretbarer Sachen [4]) unter der Verbindlichkeit des Empfängers, eben so viel zurückzugeben [5]). Nur für den Geber entsteht hieraus eine actio, welche, wenn ein Gelddarlehn zu Grunde liegt, condictio certi ist [6]), sonst condictio triticaria oder triticiaria [7]). 2. Der Leihcontract, oder das commodatum, d. i. die Hingabe einer beweglichen Sache [8]) zum unentgeldlichen, der Dauer oder der Art nach bestimmten [9]), Gebrauch. Der Empfänger (commodatarius) ist zur vollen Diligenz verpflichtet [10]) und muß die erhaltene Sache in specie restituiren, weshalb dem Geber (commodans) die commodati actio directa zusteht [11]); dieser haftet nur für dolus (und lata culpa), hat auch die nothwendig gewordenen Auslagen dem Commodatar zu erstatten [12]), der seine Ansprüche mit com-

modati actio contraria geltend macht[13]). **3.** Der Hinterlegungscontract oder das depositum, wodurch der Empfänger die unentgeldliche Aufbewahrung einer beweglichen Sache übernimmt. Der Deponent hat die depositi actio directa auf Zurückgabe und Ersatz des Schadens, den der Depositar durch dolus (und lata culpa) verursachte[14]); dieser muß auch im Fall böslicher Abläugnung eines s. g. depositum miserabile den doppelten Werth erstatten[15]), fordert aber mit depositi actio contraria den Ersatz des nothwendigen Aufwandes und des durch die Schuld des Deponenten ihm verursachten Schadens[16]). **4.** Der Pfandcontract, pignus[17]) besteht in der Hingabe einer Sache an den Creditor zum Zweck der Sicherstellung seiner Forderung (§. **129.**). Auch hier hat der Geber (also der Schuldner) eine directa actio pigneratitia (auf Rückgabe und Ersatz des verschuldeten Schadens), der Empfänger eine contraria wegen der Verwendungen, so wie auf Erstattung des durch die Schuld des Gebers verursachten Schadens[18]).

1) L. 17. pr. D. *de pact.* (II. 14.).

2) So heißt es pecuniam foenori dare oder foenus exercere wenn ein Darlehn unter der Verbindlichkeit zur Zinszahlung gemacht wird; L. 10. §. 3. D. *mandati* (XVII. 1.). L. 33. in f. D. *de reb. creditis* (XII. 1.).

3) S. z. B. L. 17. §. 3. D. *de praescr. verb.* (XIX. 5.) „Si, quum unum bovem haberem, et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei, et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est". (Vgl. §. 200. Note 6.)

4) L. 2. §. 1. D. *de reb. credit., si certum petetur, rel.* (XII. 1.) „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt" —. *Gaj.* III. §. 90. (Pr. I. *h. t.*). Vgl. oben §. 97. Note 6.

5) Pr. I. *h. t.* — „quas res — — in hoc damus, ut accipientium fiant et quoniam nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis reddantur; unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum (?) fiat" —.

6) Sie heißt auch actio certae creditae pecuniae; *Gaj.* IV. §. 13. u. § 171. Vgl. auch L. 70. D. *de proc.* (III. 3.). S. auch die folg. Note.

7) L. 1. pr. D. *de condict. triticaria* (XIII. 3.).

8) S. übr. L. 17. pr. D. *de praescr. verb.* „Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait, posse. *Sed est tutius, praescriptis verbis agere*".

9) Denn sonst ist es nicht Commodat, sondern Precarium. L. 1. pr. u. §. 3. D. *de precario* (XLIII.) „Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. — — — Et est simile commodato" —. L. 19 §. 2. *eod.* „Quum quid precario rogatum est, non solum interdicto (s. §. 102. Nr. 2. b.) uti possumus, sed et incerti condictione (*vulg.* actione), id est praescriptis verbis".

10) L. 18. pr. D. *commodati* (XIII. 6.). S. übrigens L. 5. §. 10. *eod.*

11) §. 2. I. *h. t.* S. auch L. 18. §. 4. D. *commodati* (Note 13.).

12) L. 17. § 3. L. 18. §. 2. 3. D. *commodati.*

13) L. 17. §. 1. D. *commodati.* — L. 18. §. 4. *eod.* „Quod autem contrario judicio quisque consequi potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis".

14) §. 3. I. *h. t.*

15) L. 1. §. 1. D. *depositi vel contra* (XVI. 3.) „Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum — — — judicium dabo".

16) L. 23. D. *depositi* u. arg. L. 5. §. 2. D. *commodati.*

17) L. 1. §. 4. D. *de pact.* (II. 4.) — „conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt, veluti in emtionem, in locationem, *in pignus*, vel in stipulationem".

18) §. 4. I. *h. t.* — L. 9. §. 3. D. *de pigneratitia actione* (XIII. 7.). — L. 8. pr. u. §. 5. L. 16. §. 1. *eod.*

§. 202.

B. Die *verborum obligatio.*

Tit Inst. de verborum obligationibus (III. 15.).

Die wichtigste verborum obligatio ist die Stipulation. Denn die außerdem noch erwähnten: jurata promissio operarum liberti und dotis dictio [1]) beziehen sich blos auf Geschäfte eigenthümlicher Art; die Stipulation dagegen ist als Generalform für alle und jede Verträge zu betrachten, d. h. durch ihre Anwendung kann jeder obligatorische Stoff der Inhalt eines klagbaren Vertrags, ein bereits klagbares Rechtsverhältniß aber befestigt werden und die Bedeutung einer verborum obligatio erhalten [2]). Hervorgegangen ist sie wahrscheinlich aus der alten nexi obligatio, d. i. ein symbolisches Gelddarlehn, wobei im wesentlichen die Mancipationsform unter Aussprechung der obligatorischen verba solemnia angewandt wurde [3]); beibehalten wurden aber nur

diese [4]). Zu ihrem Wesen gehört Gegenwart der Contrahenten und eine auf die Leistung gerichtete bestimmte Frage des Stipulator [5]), welcher die Antwort des Promissar genau entsprechen muß. Die üblichen verba solemnia waren: dari spondes? spondeo; dabis? dabo; facies? faciam [6]); in der Folge kommt es indessen weder auf den Gebrauch der lateinischen Sprache, noch auf die Anwendung der herkömmlichen Worte an, sondern jede mündliche und bestimmte Frage und Antwort genügt zur Begründung einer stipulationsmäßigen Obligation [7]). Die Klage aus der Stipulation ist allemal stricti juris actio, und zwar certi condictio (ex stipulatu), wenn Gegenstand der Leistung baares Geld ist, sonst heißt sie gewöhnlich actio ex stipulatu [8]); durch Aufnahme der doli clausula kann ihr auch die wesentliche Wirkung einer bonae fidei actio mitgetheilt werden [9]). Uebrigens erhalten die Stipulationen nach Verschiedenheit ihrer Veranlassung noch besondere Benennungen; die außergerichtlichen heißen conventionales stipulationes [10]).

1) *Gaj.* epit. Inst. Lib. II. Tit. IX. §. 3. 4. — Vgl. oben §. 62. Nr. 4. §. 135. Note 5.

2) L. 7. § 12. D *de pact.* (II. 14.). — L. 71. pr. D. *pro soc.* (XVII. 2.). L. 40. D. *de reb. credit.* (XII. 1.). L. 126. §. 2. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.).

3) *Varro* de lingua lat. Lib. VI c. 5. gegen d. Ende: „Nexum Manilius scribit, omne, quod per libram et aes geritur — —, Mucius Scaevola: quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur". — *Festus* de V. S. v. *nuncupata.* „Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto". (XII Tab. VI. Fr. 1.).

4) Den Namen aber entlehnte man von einem wesentlichen Theil der Form des Nexum oder Nexus, von dem symbolischen Gebrauch des Nummus, wie er bei jeder Mancipation vorkam (s. §. 40. Nr. 1. c.), hier aber nicht einen Kaufpreis, sondern ein Gelddarlehn bedeutet: „aes quoque *stipem* dicebant" (*Varro* de ling. lat. Lib. IV. a. E.); „stipem esse nummum signatum, testimonio est et id, quod datur stipendium militi, et quum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur".

5) Die Ausdrücke stipulator und stipulari werden in der Regel auf den Glaubiger bezogen; doch ist dieß nicht ausnahmlos. S. z. B. L. 7. §. 1. D. *de eo, quod certo loco dari oportet* (XIII. 4.).

6) Für accessorische Obligationen wurden natürlich andere Ausdrücke gebraucht, z. B. idem fide tua esse jubes? u. s. w. Vgl. *Gaj.* III. §. 92. §. 116. Die altcivilrechtlichen und daher auch den Römern schlechthin eigenthumlichen Ausdrücke waren: dari spondes? spondeo.

Gaj. III. §. 93. „Sed haec quidem verborum obligatio: *dari spondes? spondeo* propria civium Romanorum est, caeterae vero juris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent, et quamvis ad graecam vocem expressae fuerint. — — — At illa verborum obligatio: *dari spondes? spondeo* adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit" —.

7) §. 1. I. *h. t.* — „Sed haec solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quae solennitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscunque verbis expressum est". L. 10. C. *de contrahenda et committenda stipul.* (VIII. 38.). — Schon Ulpian sagt übrigens: „Si quis ita interroget: *dabis*? responderit: *quidni*? — in ea causa est, ut obligetur". Ferner: „Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest; proinde si quis latine interrogaverit, respondeatur ei graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est". L. 1. §. 2. u. §. 6. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.). Ohne Zweifel hatte Ulpian hier nur die Stipulationen vor Augen, welche Gajus als juris gentium bezeichnet. Ob diese früher überhaupt civilrechtliche Verbindlichkeit begründeten? darf vielleicht bezweifelt werden. Gewiß ist wohl, daß eine certi condictio (s. weiter unten) daraus nicht abgeleitet werden konnte.

8) L. 9. §. 3. L. 24. D. *de reb. credit.* (XII. 1.). Pr. Inst. *de verb. obl.* — Vgl. auch L. 75. §. 7. D. *de verb. obl.*

9) L. 38. §. 13. D. *de verb. obl.* — — „dolum malum abesse abfuturumque esse" —. L. 119. *eod.* – Leg. Rubr. (Gall. Cisalp.) c. 20. vers. 26. 27. — „quidquid eum ex ea stipulatione dare facere oporteret *ex fide bona*". — Vgl. auch L. 3. §. 1. D. *de act. emti et vend.* (XIX. 1.).

10) Tit. Inst. *de divisione stipulationum* (III. 18.). L. 52. pr. D. *de verb. obl.*

§. 203.

C. Die *literarum obligatio.*

Tit. Inst. de literarum obligatione (III. 21.).

Eine literarum obligatio ist nicht schon um deswillen als vorhanden anzunehmen, daß über eine Obligatio ein schriftliches Schuldbekenntniß (Chirographum) ausgestellt oder ein Contract schriftlich (durch Syngrapha) vollzogen wird, indem dies regelmäßig nur zum Beweise dient, oder allenfalls der Form wegen zu beobachten ist [1]), ohne die rechtliche Natur des Verhältnisses zu bestimmen oder ihm eine wesentlich veränderte Grundlage zu geben [2]). Nur wo dies der Fall ist, findet sich eine wahre literarum obligatio,

wenn auch eine causa obligationis dabei vorausgesetzt wird und der Mangel derselben Einreden gegen die Klage aus der Schrift begründen kann. Die Form für diese Obligatio kann auch ein Chirographum seyn [3]; bei den Römern bestand sie aber darin, daß eine bereits begründete Geldforderung mit des Schuldners Zustimmung in des Gläubigers Hausbuch (codex expensi und accepti) als verausgabt (expensum) eingetragen wurde, vielleicht auch von dem Schuldner in dem seinigen als empfangen [4]. Das Geschäft bezeichnete man durch den Ausdruck: nomina fiunt, oder transscriptitia nomina fiunt [5], und es wurde dadurch entweder eine Forderung in eine literarum obligatio verwandelt — fit nomen transscriptitium a re in personam [6], oder auf einen anderen Schuldner übertragen —, transscriptio fit a persona in personam [7]. Aus dieser literarum obligatio entstand eine stricti juris actio [8], und zwar, da der Gegenstand Geld war, eine certi condictio. Diese literarum obligatio nun findet sich im Justinianeischen Recht nicht mehr, dagegen wird unter dieser Rubrik Folgendes vorgetragen: hat Jemand einen Schuldschein über eine Darlehnsschuld ausgestellt, behauptet aber keine Zahlung erhalten zu haben, so kann er binnen zwei Jahren den Schuldschein durch condictio (sine causa) zurückfordern, so wie gegen die Klage auf Rückzahlung durch exceptio non numeratae pecuniae sich schützen, ohne den Beweis seiner Behauptung übernehmen zu dürfen, nach Ablauf der zwei Jahre dagegen wird er unbedingt aus dem Chirographum verpflichtet [9]. Dasselbe Recht gilt für Privatquittungen binnen 30 Tagen nach ihrer Behändigung, öffentliche Quittungen beweisen sofort für den Empfänger [10].

1) S. z. B. L. 17. C. *de fide instrum.* (IV. 21.). — Vgl. auch L. 23. C. *ad SCt. Vellej.* (IV. 29.). L. 27. C. *de fidejuss.* (VIII. 41.).

2) *Gaj.* III. § 131. „Alia causa est eorum nominum, quae *arcaria* vocantur; *in his enim rerum, non literarum* obligatio consistit: quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia, numeratio autem pecuniae jure naturali facit obligationem. Qua de causa recte dicemus, *arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere*". Vgl. §. 132. ibid.

3) *Gaj.* III. §. 134. „Praeterea literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat: *quod genus obligationis proprium peregrinorum est*".

4) Vgl. *Theophil.* in paraphr. *ad h. t.*

5) *Cic.* de offic. III. 14. *Gaj.* III. §. 128. — Ibid. §. 138. „Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit".

6) *Gaj.* III. §. 129. — „veluti si id, quod ex emtionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero".

7) *Gaj.* III. §. 130. — „veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi".

8) *Cic.* de offic. III. 14. Vgl. L. 1. in f. D. *de ann. leg.* (XXXIII. 1.).

9) S. den Institutionentitel *de liter. obl.* und L. 14. pr. u. §. 2. C. *de non numerata pecunia* (IV. 30.). — Empfangscheine über deponirte Sachen beweisen sofort vollständig; L. 14. §. 1. C *eod.*

10) L. 14. §. 1. 2. C. *de non numerata pecunia.*

§. 204.

D. Die s. g. Consensualverträge. I. Uebersicht derselben.

Tit. Inst. de consensu obligationibus (III. 22.).

Die Vertragsgeschäfte, zu deren Klagbarkeit von jeher bloßer Consens genügte, sind: Kauf (emtio venditio), Miethe (locatio conductio), der Gesellschaftsvertrag (societas) und der Bevollmächtigungsvertrag (mandatum). Sie können unter Abwesenden (brieflich und durch Boten) eben so gut, wie unter Gegenwärtigen eingegangen werden, sind sämmtlich gegenseitige (wenngleich nicht immer vollkommen gegenseitige) Verträge und gehören zu den bonae fidei negotia [1]). Ein fünfter ist noch durch eine Verordnung Kaiser Zeno's hinzugekommen, der s. g. contractus emphyteuticarius, d. h. der auf Begründung eines emphyteutischen Rechts gerichtete Vertrag [2]). Daß auch dieser Vertrag durch bloßen Consens sein Dasein erhalte, wurde nie bezweifelt, blos darüber herrschte kein Einverständniß, ob er nach den Grundsätzen vom Kauf, oder nach den von der Miethe zu behandeln sei [3]). Nur diesen Streit entschied der K. Zeno, indem er bestimmte, daß der Contract seine

eigenthümliche Natur habe; darnach war es denn ganz consequent, ihn nicht etwa nur als pactum legitimum zu bezeichnen, sondern ihm den Namen contractus zu lassen. Von seinem Inhalt ist hier nichts weiter zu sagen. (S. oben §. 126. Nr. I.)

1) S. den angeführten Institutionen-Titel und *Gaj.* III. §. 136. 37.

2) L. 1. C. *de jure emphyteutico* (IV. 66.).

3) *Gaj.* III. §. 145. — §. 3. I. *de locatione et conductione* (III. 24.).

§. 205.

2. Insbesondere a. Vom Kaufcontract.

Tit. Inst. de emtione et venditione (III. 23.).

Kauf ist ein Umtausch von Sachen und Rechten gegen Geld [1]), der Kaufcontract besteht also in der Vereinbarung, kraft deren der Verkäufer ein Rechtsobject für eine gewisse Geldsumme in das Vermögen des Verkäufers bringen soll [2]). Nicht blos eigentliche Sachen (Eigenthumsobjecte) können Gegenstand des Kaufs sein, sondern auch Rechte, wie Schuldforderungen und jura in re [3]), ferner, Begriffganze eben sowohl als einzelne Sachen [4]), solche Objecte sogar, die noch nicht existiren oder von denen es wenigstens ungewiß ist, ob sie je zum Vermögen des Verkäufers gehören werden, — spei emtio [5]). Der Kaufpreis muß bestimmt sein, d. h. dessen Größe darf nicht der Willkühr eines der Contrahenten oder einem bloßen Zufall überlassen werden [6]). Doch ist nicht gerade erforderlich, daß den Contrahenten die Summe bekannt sei [7]), so wie umgekehrt für einen fest bestimmten Geldpreis eine der Größe nach unbestimmte Quantität von Sachen käuflich überlassen werden kann, was ein Kauf in Pausch und Bogen — emtio aversione oder per aversionem facta — heißt [8]). In der Regel trägt der Käufer die Gefahr, sobald der Contract abgeschlossen ist [9]), falls nicht die Perfection des Contracts noch vom Eintritt einer Bedingung abhängt, oder von anderen Umständen, ohne deren Kenntniß die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Vertrag nicht

vollständig bestimmt werden können [10]). Auf gleiche Art hat der Käufer auch auf die Nutzung und alle Vortheile (commoda rei) einen Anspruch von dem Augenblick an, mit welchem der Contract als vollständig abgeschlossen erscheint [11]), ungeachtet er Eigenthümer der Sache nicht vor der Tradition wird, ja auch durch diese nicht einmal, wenn er nicht den Kaufpreis bezahlt, oder deshalb Credit erhalten hat [12]). Das obligatorische Verhältniß aus dem Kaufcontract ist ein vollständig gegenseitiges, beide Theile haften einander für omnis culpa [13]) und der Käufer fordert mit emti oder ex emto actio, was ihm nach dem Contract oder gesetzlichen Bestimmungen gebührt [14]), der Verkäufer hat seiner Seits die venditi oder ex vendito actio auf Erfüllung der zugesagten oder gesetzlich schuldigen Leistungen des Käufers [15]). Insbesondere muß aber der Verkäufer — auctor [16]) — dem Käufer gewähren a) daß diesem die Sache nicht evinzirt, d. h. durch die Eigenthumsklage oder aus einem anderen bei dem Kaufe nicht angezeigten Grunde entwährt werde [17]); b) daß die Sache die zugesicherten oder vorauszusetzenden guten Eigenschaften habe [18]), aber auch c) daß sie frei sei von Mängeln, deren Dasein der Verkäufer kannte und nicht anzeigte [19]), oder deren Abwesenheit er zugesichert hat [20]), oder für die er nach den Bestimmungen des ädilitischen Edicts und dessen Interpretation einstehen muß, auch wenn er sie nicht kannte [21]). Wegen der zugesicherten Vorzüge oder edictsmäßig zu gewährenden Mängel kann der Käufer mit der aestimatoria oder quanto minoris actio auf verhältnißmäßige Abminderung des Kaufpreises, oder mit der redhibitoria actio auf Wiederaufhebung des Kaufs klagen [22]); beide Klagen werden binnen sehr kurzer Zeit verjährt [23]). Nach einer Usualinterpretation zweier (nur von dem Rechte des Verkäufers handelnder) Rescripte kann jeder Theil auch wegen einer Verletzung über die Hälfte den Handel anfechten [24]). — Eine natürliche Verwandtschaft besteht zwischen dem Kauf und dem eigentlichen Tauschgeschäft, d. i. demjenigen, wobei der Umtausch nicht durch Geld vermittelt wird [25]). Doch gehört dieses Geschäft zu den s. g. Innominatcontracten

(§. **200.**), erfordert also nach Röm. Recht zu seinem Rechtsbestande entweder Stipulation oder die bereits von einer Seite geschehene Erfüllung [26]); weshalb denn auch die Wirkungen beider Geschäfte nicht gleich sind [27]).

1) L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. D. *de contrah. emt.* (XVIII. 1.).

2) Dadurch insonderheit unterscheidet sich der Kauf von der Miethe, als einem auf bloße Gebrauchsüberlassung gerichteten Geschäft; L. 65. D. *h. t.* (XVIII. 1.). Vgl. auch *Gaj.* III. §. 146. 147.

3) L. 17. D. *de hereditate vel actione vendita* (XVIII 4.). L. ult. D. *de servit.* (VIII. 1.). L. 1. §. 1. D. *de superficiebus* (XLIII. 18.).

4) L. 14. §. 1. D. *de her. vel act. vendita.*

5) L. 8. D. *h. t.* (XVIII. 1.). L. 11. D. *de her. vel act. vend.* L. 11. in f. L. 12. D. *de act. emti et venditi* (XIX. 1.).

6) L. 35. §. 1. D. *h. t.* (XVIII. 1.). — S. übr. die folg. Note und L. 37. D. *h. t.* L. ult. C. *eod.* (IV. 38.). §. 1. I. *h. t.* Vgl. *Gaj.* III. §. 140.

7) L. 7. §. 1. D. *h. t.* (XVIII. 1.).

8) L 62. §. 2. D. *h. t.* L. 4. §. 1. 2. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII. 6.).

9) §. 3. I. *h. t.*

10) Vgl. L. 34. §. 6. D. *h. t.* (XVIII. 1.). L. 35. §. 5. 7. *eod.* L. 1. pr. u. §. 1. L. 4. pr. D. *de periculo et commodo rei venditae.*

11) L. 7. pr. D. *de per. et commodo rei vend.* L. 13. §. 10. D. *de act. emti et vend.* L. 12. C. *de act. emti et vend.* (IV. 49.).

12) §. 41. I. *de rer. divis.* (II. 1.). L. 19. D. *h. t.* (XVIII. 1.).

13) L. 5. §. 2. D. *commodati* (XIII. 6.). L. 35. §. 4. D. *h. t.* (XVIII. 1.).

14) §. 1. I. *h. t.* — L. 1. pr. L. 2. §. 1. L. 21. §. 3. D. *de act. emti et vend.* S. auch die Note 17—19.

15) §. 1. I. *h. t.* — L. 13. §. 20. u. 22. D. *de act. emti et vend.* L. 16. C. *eod.* (IV. 49.).

16) L. 4. §. 1. L. 52. §. 3. D. *de act. emti et vend.* L. 63. §. 1. D. *de evict.* (XXI. 2.).

17) L. 6. C. *de evictionib.* (VIII. 45.). L. 1. D. *de evictionib. et duplae stipulationib.* (XXI. 2.). — L. 60 D. *eod.* „Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit, praeter simplum evictionis nomine, et ex natura ex emto actionis hoc, quod interest". — Vgl. L. 37. pr. u. §. 1. u. L. 16. §. 1. *eod.*

18) Vgl. L. 17. §. 20. L. 19. §. 3. D. *de aedilit. edicto* (XXI. 1.). L. 38. pr. *eod.* — — uti quae optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradantur" — —.

19) L. 13. §. 1. D. *de act. emti et vend.*

20) L. 13. §. 3. *eod.*

21) L. 1. §. 2. D. *de aedil. edicto.*

22) L. 1. §. 1. L. 18. pr. L. 48. §. 1. 2. D. *de aedil. edicto.*

23) L. 2. in f. C. *de aedil. actionib.* L. 19. §. 6. D. *de aedil. edicto.* — L. 38. pr. *eod.*

24) L. 2. L. 8. C. *de rescind. vend.* (IV. 44.).

25) §. 2. I. *h. t.* (Vgl. *Gaj.* III. §. 141.). L. 1. D. *h. t.* (XVIII. 1.).

26) L. 1. §. 2. D. *de rerum permutatione* (XIX. 4.). L. 3. C. *eod.* (IV. 64.).

27) L. 1. pr. §. 1. u. §. 4. D. *de rerum permut.* L. 5. §. 1. D. *de praescr. verb.* (XIX. 5.).

§. 206.

b. Vom Miethsvertrag.

Tit. Inst. de locatione et conductione (III. 24.).

Der Miethsvertrag beruht auf der Vereinbarung, nach welcher der eine Contrahent (locator) dem andern (conductor) gegen ein bestimmtes Aequivalent an Geld (merces) die Benutzung von Sachen oder Rechten zu überlassen oder ihm gewisse Dienste zu leisten verspricht [1]. Die aus dem Miethsverhältniß entstehende Obligatio ist eine vollständig gegenseitige, beide Theile haften einander wegen omnis culpa und machen ihre gegenseitigen Forderungen, der eine mit locati, der andere mit conducti actio geltend [2]. 1. Bei der locatio conductio rerum ist der Locator dem Conductor (der bei der Ländereipacht colonus, bei Wohnungsmiethen inquilinus heißt) ad usum rei praestandum verpflichtet, weshalb er denn, auch wenn durch Ereignisse, welche kein Theil durch seine Schuld herbeiführte, der Gebrauch der Sache verhindert oder beschränkt wird, einen verhältnißmäßigen Abzug vom Miethsoder Pachtgelde gewähren muß [3]. Regelmäßig darf der Conductor sein Recht wieder einem Andern miethsweise überlassen [4], wodurch indessen das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem primus locator wesentlich nicht verändert wird [5]. Ueber die Beendigung des Miethsvertrags finden sich einige singuläre Rechtsbestimmungen [6], zu denen indessen diejenige nicht gehört, welche man durch die Parö=

wie: Kauf bricht Miethe auszudrücken pflegt [7]). Aber auch eine stillschweigende Verlängerung des Vertrags (s. g. relocatio tacita) ist möglich [8]). Treten aber die besonderen Voraussetzungen derselben nicht ein, so muß der Miether nach beendigter Miethszeit die Sache ohne Verzögerung restituiren [9]). Wenn in Beziehung auf das für die Gebrauchsüberlassung zu leistende Aequivalent etwas von der Regel Abweichendes vorkommt, so steht das Geschäft meistens unter dem für Innominatcontracte geltenden Gesichtspunkt [10]). **2.** Die Gebrauchsüberlassung von Rechten anbelangend, so sind nach Röm. Recht die Zollverpachtungen auszuzeichnen, welche an societates publicanorum (vectigalium publicorum socii) geschahen [11]), und auch in Ansehung der Fortdauer [12]), so wie des Rechtsverhältnisses der Zollpächter manches Eigenthümliche hatten [13]). **3.** Hinsichtlich der locatio conductio operarum ist besonders Folgendes hervorzuheben: a) den Gegenstand derselben bilden nur operae locari solitae, d. h. solche Leistungen, welche herkömmlich und nach den im gemeinen Verkehr herrschenden Begriffen gegen Lohn verdungen zu werden pflegen. Sonst wird das Rechtsverhältniß entweder als Innominatcontract behandelt [14]), oder als Mandat (§. **208.**), auch wenn eine Geldentschädigung (honorarium) hierbei vorkommt [15]). b) Eine eigenthümliche Natur hat die locatio conductio operis, wenn nämlich der, welcher die Dienste zu leisten hat, sich zur Bewirkung eines gewissen Erfolgs (z. B. Vollführung eines Baues) und zwar meistens gegen ein Aversionsquantum [16]) verpflichtet. Der Unternehmer (d. i. der, welcher die Vollbringung des Werks zusagt) heißt hier conductor [17]), auch wohl redemtor [18]), der Contrahent, dem die Dienstleistung zugesagt ist, locator [19]).

1) L. 2. pr. D. *locati, conducti* (XIX. 2.). Pr. et §. 1 I. *h. t.*

2) Pr. I. *h. t.* — L. 5. §. 2. D. *commodati* (XIII. 6.). — §. 5. I. *h. t.* — L. 15. §. 8. L. 19. §. 1. L. 25. §. 1. D. *h. t.* (XIX. 2.). — L. 55. §. 1. *eod.*

3) L. 15. §. 2. 3. u. 33. D. *h. t.* (XIX. 2.).

4) L. 6. D. *de loc. et cond.* (IV. 65.).

5) L. 7. 8. D. *h. t.* (XIX 2.). S. übr. L. 11. §. 5. D. *de pignor. act.* (XIII. 7.).

6) S. z. B. für den Vermiether: L. 54. §. 1. D. *h. t.* L. 3 C. *eod.* (IV. 65.). Für den Miether: L. 27. §. 1. D. *eod.*

7) L. 9. C. *h. t.* (IV. 65.). — Vgl. L. 32. D. *h. t.* u. oben §. 118. zu Note 5.

8) L. 13. §. 11. L. 14. D. *h. t.*

9) L. 25. C. *h. t.* (IV. 65.). L. 34. *eod.*

10) § 1. 2. I. *h. t.* (Vgl. *Gaj.* III. §. 143. 144.). — S. übr. L. 25. §. 6. in f. D. *h. t.* L. 8. u. 21. C. *eod.*

11) L. 1. pr. D. *quod cujusq. univ. nomine* (III. 4.). Vgl. L. 1. §. 1. D. *de publicanis et vectigalib. et commissis* (XXXIX. 4.) u. unten §. 207. Note 8.

12) L. 11. §. 5. D. *de publicanis.* L. 59. pr. D. *pro socio* (XVII. 2.).

13) L. 1. pr. D. *de publicanis.* — *Gaj.* IV. §. 32.

14) L. 5. §. 2. D. *de praescr. verb.* (XIX. 5.).

15) Vgl. L. 8. §. 2. 3. D. *mandati* (XVII. 1.) u. L. 1. §. 10. D. *de extraordinar. cognit.* (L. 13.).

16) L. 36. D. *h. t.* S. übr. L. 51. §. 1. *eod.*

17) L. 13. §. 1. L. 22. §. 2. L. 25. §. 7. D. *h. t.* (S. auch die Note 19.).

18) S. z. B. L. 29. D. *h. t.* L. 30. §. 3. *eod.*

19) L. 30. § 3. L. 33. L. 36. L. 48. pr. D. *h. t.* — Vgl L. 1. §. 1. D. *de praescr. verb.*

§. 207.

c. Der Societätsvertrag.

Tit. Inst. de societate (III. 25.).

Der Societäts= oder Gesellschafts=Vertrag ist auf eine Gemeinschaft pecuniärer Rechtsverhältnisse gerichtet. Ihr Gegenstand kann das gesammte Vermögen sein — universarum fortunarum societas [1]), aber auch eine einzelne Sache, so wie die gemeinschaftliche Betreibung von Geschäften zum Zweck des Erwerbs [2]). Dabei brauchen die Beiträge und Leistungen weder von gleicher Art, noch von gleicher Größe zu sein; selbst eine ungleiche Vertheilung von Gewinn und Verlust kann verabredet werden, nur nicht, daß aller Gewinn dem Einen zufallen, aller Verlust den Andern treffen solle [3]), was societas leonina heißt [4]). Das obligatorische Verhältniß der Socii ist ein vollkommen ge=

genseitiges; sie haften einander wegen dolus und culpa, doch nur wegen s. g. levis culpa in concreto (§. **191.**), d. h. jeder genügt seinen Verpflichtungen durch Anwendung der diligentia, quam suis rebus praestare solet [5]). Mit der pro socio actio wird sowohl gefordert, daß Jeder das beitrage und leiste, wozu er verpflichtet ist, als auch Rechnungsablegung, Schadensersatz, Theilung und Auflösung des Societätsverhältnisses [6]). Societäten sind rechtlich nicht begünstigt [7]), daher erfolgt die Auflösung der Societät von selbst, wenn einer durch den Tod ausscheidet, so daß auch zwischen den Zurückbleibenden die Verbindung nicht weiter besteht [8]). Auch einseitige Aufkündigung ist zulässig [9]). Bei der gerichtlichen Auseinandersetzung soll der Richter möglichste Gleichheit zu bewirken suchen [10]), so weit dies die Bestimmungen des Contracts gestatten. (S. Note 3.)

1) L. 73. D. *pro socio* (XVII. 2.) „Si societatem universarum fortunarum coïerint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique acquirentur, hereditatem cuivis eorum delatam in commune redigendam. Idem Maximino respondit, si societatem universarum fortunarum ita coïerint, ut quidquid erogetur vel quaereretur communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrinque imputanda". — S. auch noch: L. 1. §. 1. D. *eod.* „In societate omnium bonorum omnes res, quae coëuntium sunt, continuo communicantur".

2) Pr. I. *h. t.* L. 5. pr. D. *h. t.* (XVII. 2.).

3) §. 2. I. *h. t.* (*Gaj.* III. §. 149.). L. 29. pr. u §. 1. L. 30. D. *h. t.*

4) L. 29. § 2. D. *h. t.*

5) §. fin. I. *h. t.* — — „culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim, talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, hoc est, sibi imputare debet". L. 72. D. *h. t.*

6) L. 52. § 8 D. *h. t.* — L. 38. §. 1. L. 63. §. 5. L. 65. pr. *eod.* — S. auch §. 2. I. *de poena temere litigantium* (IV. 16.). — L. 63. §. 1. D *h. t.* „Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, velut — — pro socio, quae ab utraque parte directa est" —.

7) L. 70. D. *h. t.* „Nulla societatis in aeternum coïtio est". — L. 4. § 1. *eod.* „Dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione et egestate". L. 65. §. 12. *eod.*

8) § 5. I. *h. t.* L. 35. D. *h. t.* — L. 59. pr. D. *h. t.* „Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus —:

in societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicujus" —.

9) §. 4. I. *h. t.* — „sed plane, si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, — — cogitur hoc lucrum communicare" —. Vgl. L. 17. § 1. 2. L. 65. §. 3 — 5. D. *h. t.*

10) §. 1. I. *h. t.* (Vgl. Note 3.)

§. 208.

d. Der Bevollmächtigungsvertrag (*mandatum*).

Tit. Inst. de mandato (III. 26.).

Mandat ist der Auftrag zu einer unentgeldlichen [1]) Geschäftsübernahme. Die aufgetragenen Geschäfte brauchen zwar nicht gerade die des Mandanten zu sein [2]), allein in der Regel ist das Mandat wirkungslos, wenn es schlechthin nur die Geschäfte des Mandatars (oder Procurators) zum Gegenstande hat [3]). Die Uebernahme des Mandats verpflichtet zur vollen Fleißanwendung [4]). Das obligatorische Verhältniß ist ein unvollkommen gegenseitiges; der Mandant fordert mit directa mandati actio die Ausführung des übernommenen Auftrags, Schadensersatz, Rechnungsablegung und Herausgabe dessen, was der Mandatar durch das Geschäft für den Mandanten erworben oder von ihm in Händen hat [5]). Mit mandati actio contraria fordert der Procurator Schadloshaltung und Uebernahme der für den Mandanten contrahirten Verbindlichkeiten oder Befreiung von denselben [6]). Durch den Tod, sowohl des Geschäftsherrn als des Geschäftsführers, erlöscht das Mandat [7]), auch ist ein einseitiger Widerruf gestattet, nur muß der Mandant jedenfalls den Mandatar schadlos halten [6]), dieser aber bleibt jenem wegen unzeitiger Kündigung verantwortlich [9]).

1) L. 1. §. 4. D. *mandati vel contra* (XVII. 1.) „Mandatum, nisi gratuitum, nullum est. Nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces, interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit". §. 13. I. *h. t.* (*Gaj.* III. §. 162). — S. übr. §. 206. Nr. 3. und Note 15.

2) Pr. §. 1 — 5. I. *h. t.*

3) Pr. in f. I. *h. t.* und §. 6. I. *h. t.* — — „quaesitum — an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio foenerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset". S. auch L. 32. D. *mandati vel contra* (XVII. 1.).

4) L. 11. u. 13. C. *h. t.* (IV. 35.). L. 26. §. 7. D. *h. t.* (XVII. 1.).

5) L. 46. §. 4. D. *de procuratorib. et defensorib.* (III. 3.). L. 5. §. 1. L. 8. §. 10. L. 10. §. 3. L. 20. pr. L. 43. D. *h. t.* — Vgl. §. 2. I. *de poena temere litigantium* (IV. 16.).

6) L. 12. §. 7. D. *h. t.* — L. 12. §. 9. L. 27. §. 4. L. 45. §. 2—4. L. 56. §. 4. *eod.*

7) §. 10. I. *h. t.* — — „sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo, qui tibi mandaverat, tu ignorans, eum decessisse, exsequutus fueris mandatum, posse te agere mandati actione". —

8) §. 9. I. *h. t.* — Vgl. L. 12. §. 16. D. *h. t.* §. 10. I. *h. t.* — L. 15. D. *eod.*

9) §. 11. I. *h. t.* L. 22. §. fin. D. *eod.*

§. 209.

III. Die *Pacta.* A. Allgemeine Grundsätze.

Diejenigen Verträge nun, welche weder zu den Contracten gehörten, noch durch eine bereits erfolgte Leistung die Bedeutung eines Contracts erlangt hatten, hießen pacta und erzeugten in der Regel keine Klage (§. **200**). Doch ist mehreren derselben Klagbarkeit durch Gesetze beigelegt; sie heißen legitimae conventiones [1]). Andere Conventionen sind durch das prätorische Edict für klagbar erklärt; s. g. pacta praetoria. Außerdem kam durch die Jurisprudenz (s. die folg. Note) das Prinzip auf: daß alle auf den Inhalt eines bonae fidei contractus sich beziehenden und mit demselben in unmittelbare Verbindung gesetzten Nebenverträge schon kraft des Hauptvertrags Klagbarkeit erhalten sollten [2]). Für die übrigen Conventionen blieb es also bei der Regel, daß aus der bloßen Verabredung, wenn diese nicht durch Stipulation befestigt war, keine klagbare, sondern nur eine Natural-Obligation entstehe [3]). Ob Spielverträge — alea [4]) oder in alea lusus —, so weit sie überhaupt erlaubt waren [5]), ohne weiteres Klagbarkeit erzeugten, (d. h. ob die im Spiel verlorne Summe kraft der bloßen Convention gefordert werden durfte?),

kann vielleicht bezweifelt werden [6]). Wetten (sponsiones) wurden erst klagbar, wenn sie entweder durch Stipulation befestigt waren [7]), oder die Wette durch Hinterlegung der Wettsumme (auch wohl einer anderen Sache, als körperliches Zeichen und Sicherstellung der geschlossenen Wette) die Bedeutung einer contractlichen Obligatio erhielt (siehe §. 200.), in welchem Fall der Sieger mit praescriptis verbis actio auf Herausgabe des Erhaltenen klagte [8]).

1) L. 6. D. *de pact.* (II. 14.) „Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur — quoties lege vel SCto adjuvatur". In einer anderen Bedeutung wird der Ausdruck in der L. 5. *eod.* genommen. Vgl. oben §. 200.

2) L. 7. §. 5 D. *de pact.* „Quinimo interdum format ipsam actionem (pactio), ut in bonae fidei judiciis: *solemus enim dicere*, pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut, si quidem ex continenti pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insint; ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. — — — Sed ex parte rei locum habebit pactum, *quia solent et ea pacta*, quae postea interponuntur, *parere exceptiones*".

3) L. 7. §. 4. D. *de pact.* (S. oben §. 200. Note 3.)

4) Die Bedeutung von alea für Spiel auf Gewinn oder Verlust ist die eigentliche; doch wird der Ausdruck auch auf andere mit Risiko verknüpfte Unternehmungen oder Geschäfte angewandt; s. z. B. L. 8. §. 1. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.).

5) Vgl. L. 2. §. 1. L. 3. D. *de aleatorib.* (XI. 5.). L. 3. C. *de aleatorib. et alearum usu* (III. 43.).

6) Freilich läßt sich für die bejahende Meinung kein directer Beweisgrund anführen, und dies wichtige Argument hat die verneinende Meinung allerdings für sich, da klagbare pacta bloße Ausnahmen von einer Regel sind. Practisch mochte die Sache eigentlich unbedeutend dadurch erscheinen, daß gewöhnlich um einen Einsatz gespielt, oder der Spielverlust doch gleich baar bezahlt wurde. Sollte es aber wohl überhaupt gebräuchlich gewesen sein, sich vor dem Spiel durch gegenseitige Stipulationen zu einigen? Daß auf Vornahme des Spiels nie geklagt werden konnte, versteht sich von selbst, da es hiefür an einem rechtlichen Interesse fehlt. Die Frage muß daher so gestellt werden, wie im Text geschehen ist. Bejaht man sie, so würden die Spielverträge vielleicht als die frühesten Fälle der s. g. pacta legitima angeführt werden können; s. L. 3. D. *de aleatorib.*

7) Darauf deutet schon die übliche Benennung: sponsiones hin. S. auch L. 37. D. *de reb. cred.* (XII. 1.). L. 129. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.).

8) L. 17. §. 5. D. *de praescr. verb.* (XIX. 5.) „Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis in eum competit. — — Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit".

§. 210.

B. Von klagbaren Pacta; I. *legitimae conventiones* (s. g. *pacta legitima*).

Als pacta legitima lassen sich mit Sicherheit (s. §. 209. Note 6.) anführen: a) einige auf Begründung der Zinsverbindlichkeit gerichtete Conventionen [1]); b) der Vertrag, wodurch Bestellung einer Dos zugesichert wird [2]); c) das compromissum, d. h. die Vereinbarung zwischen streitenden Theilen, ihre Rechtsangelegenheit zur Entscheidung an einen Schiedsrichter (arbiter) bringen zu wollen [3]); d) das Schenkungsversprechen [4]).

1) L. 30. D. *de usuris* (XXII. 1.). L. 7. D. *de naut. foenore* (XXII. 2. Vgl. §. 189. Note 10.). L. 12. C. *de usuris* (IV. 32.). Nov. 136. c. 4. — Regelmäßig mußten Zinsverträge durch Stipulationen befestigt oder mit einem bonae fidei contractus unmittelbar in Verbindung gesetzt werden; L. 3. L. 7. C. *de usuris*. — L. 5. C. *eod.* — L. 24. in f. D. *depositi* (XVI. 3.). Vgl. oben §. 189.

2) L. 6. C. *de dotis promissione* (V. 11.). Vgl. oben §. 135. Note 5.

3) L. 5. C. *de receptis arbitris* (II. 46.). — Früher bedurfte es einer Einigung unter poenae stipulatio, um aus dem Compromiß klagen zu können; L. 3. §. 2. L. 11. §. 1. 2. D. *de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant* (IV. 8.). Vgl. L. 11. §. 3. *eod.* — Ueber die Klage gegen den Arbiter aus dem übernommenen arbitrium s. L. 3. §. 1. L. 15. D. *eod.*

4) L. 35. §. 5. C. *de donationib.* (VIII. 54.).

§. 211.

Insbesondere von Schenkungen.

Tit. Inst. de donationibus (II. 7.).

Schenkungen stehen unter dem allgemeinen Begriff liberaler Handlungen, zu denen auch das unverzinsliche Darlehn, unentgeldliche Geschäftsführung und das Commodat gehören [1]). Schenkung im weitern Sinne ist jede freiwillige Gabe oder Vermögenszuwendung, auch die durch letztwillige Verfügungen erfolgende [2]). Die großen Eigenthümlichkeiten der letzteren und die positivrechtlichen Beschränkungen liberaler Zuwendungen, welche durch Handlungen unter Lebenden geschahen, führten zu einer Beschrän=

kung des Begriffs, so daß regelmäßig darunter die Handlung verstanden wird, wodurch Jemand von seinem Vermögen etwas aufopfert (sich entzieht), um dies einem Andern zuzuwenden [3]); von den letztwilligen Vergabungen ist nur für die mortis causa donatio der Name Schenkung beibehalten, was mit ihrer Vertragsnatur zusammenhängt [4]). Wer schenkt, will den Empfänger nicht obligiren, und in sofern wird die Schenkung, oder mera donatio [5]) entgegengesetzt dem obligationem contrahere, oder negotium gerere [6]), nämlich um sie zu unterscheiden von den liberalen Geschäften, wobei der Empfänger zur Zurückgabe verpflichtet wird, so wie von der donatio sub modo [7]). Meistens beruht die Schenkung auf einem Vertrag, auch in den Fällen, in welchen nicht ein Schenkungsversprechen der Erfüllung voraufgeht, indem hier der Vertrag und dessen Solution durch einen Act geschehen [8]). Es kann aber die Schenkung auch erfolgen, ohne daß der Beschenkte mit der liberalen Absicht des Schenkenden bekannt ist, namentlich durch negotiorum gestio donandi animo [9]), oder durch wissentliche Zahlung einer Nichtschuld [10]). Doch sind die Fälle, in welchen die Schenkung als Vertrag erscheint, so überwiegend, daß dadurch wohl die Stellung der Lehre bei den Verträgen gerechtfertigt wird, wenngleich die Eigenschaft des Schenkungsversprechens als conventio legitima (s. den vor. §.) nur einen sehr zufälligen Anknüpfungsgrund hiefür bietet. Schenkungen nun waren bei den Römern nie begünstigt. Zwischen Ehegatten waren sie verboten [11]), und die Lex Cincia (aus der Mitte des sechsten Jahrh. n. R. E.) untersagte die, ein bestimmtes Maaß überschreitenden Schenkungen [12]), wobei aber exceptae personae vorkommen [13]), und im neuesten Recht ist für große Schenkungen, d. s. diejenigen, welche die Summe von **500** solidi übersteigen, die Nothwendigkeit gerichtlicher Insinuation vorgeschrieben [14]); sonst sind Schenkungen in Ansehung des Objects nicht beschränkt [15]). Der Form nach ist die Schenkung ein obligatorisches Rechtsgeschäft, indem sie entweder durch Vertrag erfolgt, oder durch eine Handlung, welche die Wirkung eines Contracts

hat [16]). Eine Verbindlichkeit des Donatars aus dem Geschäft wird aber schon durch den Begriff einer reinen Schenkung von selbst ausgeschlossen [17]); doch ist der Schenker aus gewissen Gründen zum Widerruf berechtigt, insonderheit wegen Undanks des Beschenkten [18]). Gegen den Schenker wird aus dem Schenkungsversprechen eine Klage auf Erfüllung gegeben [19]), sonst aber (z. B. auf Gewährung des Eigenthums oder wegen Fehler der Objecte) nur, sofern er in dolo war [20]), was übrigens hauptsächlich darauf gegründet wird, daß es unziemlich sei, einen Schenker mit derselben Strenge zu behandeln, wie den, der zu einer Leistung verpflichtet ist [21]).

1) Das letzte Geschäft gränzt freilich oft nahe an die eigentliche Schenkung; vgl. L. 9. pr. D. *de donationibus* (XXXIX. 5.) und L. 17. pr. D. *de praescript. verb.* (XIX. 5). S. auch L. 14. D. *de prec.* (XLIII. 26.).

2) L. 36. *de legat.* II.

3) L. 1. pr. D. *h. t.* (XXXIX. 5.).

4) Sie ist der Form nach Schenkung im engeren Sinne, aber unter einer Bedingung; L. 1. pr. in f. D. *h. t.* L. 1. pr. D. *de mortis causa donationib.* (XXXIX. 6). Vgl. oben §. 147. Nr. b.

5) L. 27. D. *h. t.* — Sie heißt auch simplex donatio; L. 20. §. 3. D. *fam. ercisc.* (X. 2.).

6) L. 18. pr. u. §. 1. D. *h. t.* L. 17. §. 3. D. *commodati* (XIII. 6.). L. 58. pr. D. *de donat. inter vir. et uxor.* (XXIV. 1.). L. 14. D. *de precario.*

7) S. die in der vor. Note citirten Stellen. — Uebrigens wird bei den Fällen der donatio sub modo das Geschäft meistens geradezu als donatio bezeichnet; L. 3. C. *de contrah. emt.* (IV. 38.). L. 9. und L. 22. C. *de donat.* (VIII. 54.). L. 1—3. C. *de donationibus, quae sub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur* (VIII. 55.). Vgl. oben §. 37. a. E. (Nr. 3.)

8) L. 55. D. *de obl. et actionib.* (XLIV. 7.).

9) L. 14. D. *h. t.* L. 2. in f. C. *de rei vind.* (III. 32.). — L. 12. C. *de negot. gest.* — L. 21. pr. D. *h. t.*

10) L. 7. §. 2. in f. D. *pro emtore* (XLI. 4.). L. 29. pr. D. *h. t.* — Vgl. auch L. 5. §. 7. D. *de donat. int. vir. et uxor.* und L. 29. §. 1. D. *h. t.* (S. unten die Bem. Note 16.)

11) L. 1. L. 2. L. 3. pr. D. *de donat. int. vir. et uxor.* — L. 32. *eod.*

12) *Ulp.* Fr. Tit. I. §. 1. (nach der Ergänzung von Cujacius). — Auch scheint die Lex bei den erlaubten Schenkungen Erfüllung der Schenkung, als Bedingung ihrer Rechtsbeständigkeit vorgeschrieben zu haben. Vat. Fragm. §. 266. 267. 268. und die Citate der folg. Note.

13) Vat. Fragm. §. 266. 293. §. 298—311. §. 313. Vgl. auch daselbst §. 259. a. E. u. §. 312.

14) L. 36. §. 3. C. *h. t.* (VIII. 54). — Vgl. L. 29. L. 34. L. 36. pr. §. 1. 2. *eod.*

15) L. 2. L. 35. §. 4. C. *h. t.*

16) S. §. 1. u. §. 6. I. *de obligat. quasi ex contr.* (III. 27.). — Auch gerichtliche Zugeständnisse, welche donandi animo geschehen, haben die Bedeutung eines Contracts; s. die Stellen am Schluß der Note 10. vgl. mit L. 11. §. 9. D. *de interrogat. in jure* (XI. 1.). L. 3. §. 11. D. *de pecul.* (XV. 1.).

17) L. 3. § 1. in f. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.).

18) Tit. Cod. *de revocandis donationib.* (VIII. 56.). §. 2. in f. I. *h. t.*

19) L. 35. §. 5. C. *h. t.* §. 2. I. *h. t.* — L. 22. D. *h. t.* — L. 12. *eod.*

20) L. 18. §. 3. D. *h. t.* L. 62. D. *de aedil. edicto* (XXI. 1.).

21) L. 62. D. *de aedil. ed.* — „ne liberalitatis suae donator poenam patiatur" —. Vgl. L. 22. *h. t.*

§. 212.

2. Die s. g. *pacta praetoria.*

Von den einzelnen dahin gehörigen Fällen ist a) besonders auszuzeichnen das constitutum [1]) und die daran geknüpfte actio de pecunia constituta, wodurch die Stipulation in so vielen Fällen entbehrlich gemacht und überhaupt ein freierer Geschäftsverkehr befördert wurde. Eine bestimmte, mündliche oder schriftliche, Zusage, welche sich auf Erfüllung einer bereits bestehenden Obligation bezog, gleichviel ob dies eine klagbare oder eine bloße Naturalobligation [2]), die eigne des Constituenten, oder die eines Dritten war [3]), begründete diese Klage [4]). Ursprünglich ging sie nur auf Gegenstände des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs, — auf Geld und andere s. g. fungible Sachen, wogegen ein Argentarius [5]) jede Leistungsverbindlichkeit ohne Stipulation auf sich nehmen konnte; die hieraus gegen denselben entspringende Klage hieß receptitia actio [6]). Justinian gab der actio constitutae pecuniae denselben Umfang, wodurch denn die receptitia actio von selbst überflüssig wurde [7]). Durch das constitutum konnte übrigens nicht blos eine nicht klagbare Obligation in eine klagbare verwandelt und ein accessorischer Beitritt zu einer fremden Obligation ohne Stipulation vermittelt werden [8]), sondern es diente auch dazu, um eine vorhandene Obligation ohne Zerstö-

rung derselben zu modifiziren, namentlich hinsichtlich des Leistungsortes, der Zeit, einer Bedingung, selbst des Objects [9]); nur auf ein Mehreres durfte es nicht gerichtet sein [10]). b) Durch das Edict ist auch die actio und exceptio jurisjurandi eingeführt, d. h. wenn auf den Grund einer Vereinbarung von einem der Paciscenten ein außergerichtlicher Eid in Beziehung auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Obligatio geschworen ist, so wird dem Schwörenden hieraus eine Klage oder Einrede gegeben [11]). c) Aus dem pactum hypothecae entsteht nach prätorischem Recht, wenn auch keine personae, doch eine rei obligatio [12]).

1) L. 11. pr. D. *de constituta pecunia* (XIII. 5.). — L. 1. pr. *eod.* „Hoc edicto Praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere".

2) L. 6. §. 6. 7. D. *h. t.* (XIII. 5.).

3) L. 5. §. 2. D. *h. t.* „Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, *in rem exactum est*, non utique, ut is, cui constituitur, creditor sit; nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis, et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur".

4) §. 9. I. *de actionib.* (IV. 6.). — Vgl. *Gaj.* IV. §. 171. — — „ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae".

5) L. 10. pr. u. §. 1. D. *de edendo* (II. 13.) „Argentarius rationes edere jubetur — —. Ideo autem argentarios — edere rationes cogit (Praetor), quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam, et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant".

6) S. §. 8. I. *de actionib.* u. dazu *Theophil.* in der Paraphrase. L. 2. pr. C. *de constituta pec.* (IV. 18.). Hier ist von verba solennia der actio receptitia die Rede; wahrscheinlich hatte sie ihren Grund im jus civile, nämlich in der literarum obligatio (§. 203.), welche zur Zeit der Kaiser überhaupt vielleicht nur noch durch die codices rationum der Argentarii bestand.

7) L. 2. C. *de const. pec.* §. 8. I. *de actionib.*

8) S. die Note 3. u. L. 28. D. *h. t.* (XIII. 5.).

9) Vgl. L. 1. §. 5. L. 3. in f. L. 4. L. 5. pr. L. 19. §. 1. D. *h. t.*

10) L. 11. in f. L. 12. L. 14. D. *h. t.*

11) L. 9. §. 1. D. *de jurejur.* (XII. 2.) „Jurejurando dato vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an juraverit, dari sibi oportere, vel quum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit". L. 28. §. 10. *eod.*

12) L. 17. §. 2. D. *de pact.* (II. 14.). L. 1. pr. D. *de pignoratitia actione* (XIII. 17.). L. 4. D. *de pignorib.* (XX. 1.). Vgl. oben §. 129.

§. 213.

3. Die s. g. *pacta adjecta.*

Die Verträge, welche man so bezeichnet [1]), kommen am gewöhnlichsten beim Kaufcontract vor und können ihrem Inhalte nach sehr mannigfaltig sein [2]). Es sollen hier nur erwähnt werden: a) der Vertrag, daß ein feststehendes Recht aus dem Contract erst erworben sein solle, wenn kein Dritter binnen bestimmter Zeit annehmlichere Bedingungen biete [3]); b) die Lex commissoria oder pactum commissorium: es solle der eine Contrahent von dem Vertrage wieder abgehen dürfen, wenn der andere seinen übernommenen Verbindlichkeiten nicht zu rechter Zeit nachkomme [4]); c) das s. g. pactum displicentiae, wodurch das Recht einseitig und zwar willkührlich von dem Contract abzugehen begründet wird [5]); d) das s. g. p. protimiseos (Vorkaufsrecht): daß bei einem dereinstigen Wiederverkauf der frühere Verkäufer den Vorzug haben solle [6]); wovon das Rückkaufsrecht (p. de retrovendendo) noch verschieden ist [7]); e) die pacta de evictione praestanda vel non praestanda [8]), de vitiis praestandis vel non praestandis [9]).

1) Ueber den Grund dieser Benennung s. §. 209. Note 2.

2) S. z. B. außer den im Text besonders erwähnten: L. 75. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.). L. 56. *eod.* L. 1. L. 5. u. ult. C. *de pact. inter emtor. et venditor.* (IV. 54.). S. auch oben §. 132. Note 8. §. 190. Note 7.

3) L. 1. D. *de in diem addictione* (XVIII. 2.). L. 9. *eod.* L. 2. *eod.* — L. 7. L. 8. *eod.*

4) L. 2. L. 4. D. *de lege commissoria* (XVIII. 3.). — Vgl. oben §. 132. Note 9.

5) L. 3. D. *de contrah. emt.* — L. 31. §. 22. D. *de aedil. edicto* (XXI. 1.).

6) L. 75. D. *de contr. emt.* L. 21. §. 5. D. *de act. emti et vend* (XIX. 1.). — Dies Recht ist bisweilen gesetzlich begründet (s. z. B. L. 7. in f. L. 8. D. *de in diem add.* u. oben §. 126. Note 4.) und kann auch als Vorpachtrecht vorkommen; L. 4. C. *de locat. praedior. civil. vel fiscal.* (XI. 70.)

7) L. 2. C. *de pact. inter emtor. et venditor.*

8) L. 56. pr. D. *de evict. et duplae stipul.* (XXI. 2.). — L. 11. §. 18. D. *de act. emti et vend.* (XIX. 1.).

9) L. 66. pr. in f. D. *de contr. emt.* L. 17. §. 20. D. *de aedil. ed.* — L. 31. D. *de pact.* (II. 14.).

Drittes Capitel.

Obligationen aus Delicten.

§. 214.

I. Allgemeine Begriffe.

Im Allgemeinen wird der Ausdruck delinquere und delictum auf jede Rechtswidrigkeit bezogen [1]). Hier werden darunter die unerlaubten Handlungen verstanden, welche selbstständige Obligationen begründen; sie heißen auch privata delicta [2]), oder delicta schlechthin, im Gegensatz der publica crimina [3]). Hierauf bezieht sich folgende Eintheilung der Klagen: sie sind entweder auf Schadensersatz gerichtet — rei persequendae causa comparatae actiones —, oder auf Privatstrafe — poenae persequendae causa comparatae, oder auf beides zugleich — mixtae actiones [4]). Nicht wenige Delicte begründen nur einen Anspruch des Verletzten auf Schadensersatz, die daraus entspringenden Klagen sind also ihrer wesentlichen Wirkung nach reipersecutorische, gleich denen, welche nicht durch Delicte begründet werden; ihres Grundes wegen werden sie aber als Pönalklagen behandelt, was sich insonderheit dadurch wirksam erweis't, daß sie nicht wider die Erben des Delinquenten gehen [5]). Die meisten Delicte nun setzen Dolus voraus, es muß also die Rechtswidrigkeit vorsätzlich verübt sein; doch giebt es auch culpose Delicte [6]). Für die nicht besonders bestimmten Fälle doloser Delicte giebt es zwei Generalklagen: a) die de dolo actio; sie geht auf das volle Interesse, dessen Größe durch jusjurandum in litem festgestellt werden kann und infamirt [7]). b) Die quod me-

tus causa actio, welche eine Verurtheilung auf das Vierfache zur Folge haben kann und als in rem scripta actio auch wider Dritte geht, die Natur einer Delictsklage aber nur wider den Zwingenden hat [8]). Von den besonders bestimmten Delicten werden in den Institutionen Justinians und deren Hauptquelle vier ausgezeichnet: furtum, rapina, damnum injuria datum, injuria [9]).

1) S. z. B. L. 51. pr. D. *de aedil. ed.* (XXI. 1.). L. 3. §. 5. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.). L. 4. D. *de tabul. exhib.* (XLIII. 5.).

2) S. die Rubrik des Pandectentitels *de privatis delictis* (XLVII. 1.).

3) L. 17. §. 18. D. *de aedil. ed.*

4) §. 16—19. I. *de actionib.* (IV. 6.). Vgl. *Gaj.* IV. §. 6—9.

5) S. z. B. L. 1. in f. D. *si quis jus dicenti non obtemper.* (II. 3.). L. 4. in f. L. 6. L. 7. D. *de alienatione judicii mutandi causa facta* (IV. 7.) „Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio judicis continet, — — in heredem autem — non dabitur, quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari". L. 9. in f. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII. 5.) — — „actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum, neque in heredes — dabitur, quum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur". L. 22. in f. D. *de novi oper. nunc.* (XXXIX. 1.) — „nam — in poenam heres non succedit".

6) S. §. 3. I. *de lege Aquilia* (IV. 3.).

7) L. 1. §. 1. D. *de dolo malo* (IV. 3.). — L. 18. pr. u. §. 1. D. *eod.* — L. 1. §. 4. *eod.*

8) L. 9. §. 7. 8. L. 14. §. 1. D. *quod met. causa* (IV. 2.). — Als in r. scr. a. wird sie zunächst nur auf das gegeben, was an den Beklagten durch die Zwangshandlung gekommen ist; L. 16. §. 2. L. 20. D. *quod. met. causa.* Vgl. L. 14. §. 5. *eod.* S. dagegen, was den Anspruch an den Zwingenden selbst anbetrifft, L. 18. pr. D. *de dolo malo.*

9) Pr. I. *de obligationib. quae ex delicto nascuntur* (IV. 1.). Vgl. *Gaj.* IV. §. 182.

§. 215.

II. Einzelne Delicte. 1. *Furtum.*

Tit. Inst. de obligationibus quae ex delicto nascuntur (IV. 1.).

Furtum (Diebstahl) ist die Handlung, wodurch man wider eines Berechtigten Willen und in gewinnsüchtiger Absicht eine bewegliche Sache Jemandes Gewahrsam entzieht

(f. rei), oder sich ein nicht zustehendes Gebrauchsrecht an derselben anmaßt (f. usus), oder eine bloße Detention in Eigenthumsbesitz umwandelt (f. possessionis)[1]. Der Diebstahl begründet eine Pönalklage (actio furti) gegen den Dieb[2], welche bei dem furtum manifestum[3] auf den vierfachen, bei dem f. nec manifestum auf den doppelten Werth gerichtet ist[4]. Andere Strafklagen, welche bald auf das Vierfache, bald auf das Dreifache gegeben wurden, nämlich die actiones furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti, kennt das neuere Recht nicht mehr[5]. Außer dieser Pönalklage kann die gestohlene Sache vindizirt werden, statt der Vindication findet aber wider den Dieb und dessen Erben auch eine condictio (ex causa) furtiva auf Herausgabe der Sache und Schadensersatz Statt[6].

1) §. 1. I. *h. t.* „Furtum est contrectatio (*al.* contractatio) rei fraudulosa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve" —. (Die etymologischen Bemerkungen über furtum in §. 2. I. *h. t.* deuten zwar darauf hin, daß meistens der Diebstahl heimlich erfolgt, doch gehört die Heimlichkeit nicht zum Wesen dieses Verbrechens; L. 1. L. 2. §. 10. D. *de vi bonorum raptor.* XLVII. 8. Pr. I. *eod.* IV. 2.) — §. 8. I. *h. t.* — §. 10. I. *h. t.* „Aliquando etiam *suae rei* quisque *furtum* committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit" —. (Vgl. *Gaj.* III. §. 200.) — §. 6. 7. I. *h. t.* — S. auch das zum furtum possessionis von Theophilus ad §. 1. I. *h. t.* angef. Beispiel.

2) S. übr. §. 11. I. *h. t.* „Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, qualis est, cujus ope et consilio furtum factum est" u. s. w. — Ueber die Frage, wer die Klage anstellen könne? s. §. 13—16. I. *h. t.*

3) *Gaj.* III. §. 184. „Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur, alii vero —, quod eo loco deprehenditur, ubi fit —, aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit, alii adhuc ulterius — manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset, alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non obtinuit". Vgl. §. 3. I. *h. t.*

4) §. 5. I. *h. t.* Ueber die alte poena furti manifesti s. *Gaj.* III. §. 189.

5) Vgl. *Gaj.* III. §. 186—188. §. 190—191. und §. 4. I. *h. t.*

6) §. 19. I. *h. t.* „Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet; nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre: et vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem ad-

versus ipsum furem heredemve ejus, licet non possideat, competit". — §. 14. I. *de actionib.* (verb. *Plane odio furum* rel.). Vgl. *Gaj.* IV. §. 4. — L. 7. §. 1. 2. D. *de condictione furtiva* (XII. 1.).

§. 216.

2. *Rapina.*

Tit. Inst. de vi bonorum raptorum (IV. 2.).

Die durch persönliche Gewalt und in gewinnsüchtiger Absicht erfolgte Aneignung einer Sache giebt dem Beraubten das Recht zu einer Klage auf das Vierfache, die aber als mixta actio zugleich reipersecutorisch und pönal ist [1]); statt derselben kann der Beraubte aber auch die aus dem Diebstahl entspringenden Klagen anstellen [2]). Wegen gewaltsamer Occupation unbeweglicher Sachen findet das interdictum unde vi Statt (s. §. **102**. Nr. **2**. a.). Geschieht aber die Wegnahme oder Invasion in der Absicht, um sich selbst Recht zu verschaffen, so treten andere Nachtheile ein [3]).

1) Pr. und §. 2. I. *h. t.* Vgl. L. 2. pr. D. *de vi bonorum raptorum et de turba* (XLVII. 8.).

2) Pr. I. *h. t.* L. 2. §. 10. u. §. 26. D. *eod.* S. auch §. 215. Note 1.

3) §. 1. I. *h. t.* Vgl. oben §. 41. zu Anfang und Note 1.

§. 217.

3. Das *damnum injuria datum.*

Tit. Inst. de lege Aquilia (IV. 3.).

Damnum injuria datum heißt jede widerrechtliche Beschädigung durch positive Handlungen [1]), wenn auch nur Culpa zu Grunde liegt [2]). Durch ein Plebiscit, die Lex Aquilia [3]), wurden Begriff und Folgen des d. i. d. bestimmt [4]). In dem ersten Capitel der Lex wurde geordnet: wer einen fremden Sclaven oder ein Thier, das zu der Gattung der pecudes gehöre, widerrechtlich tödte, habe den höchsten Werth, den das getödtete Object in dem letzten Jahr gehabt, zu erstatten [5]). Das dritte Capitel [6])

ging auf jede sonstige durch unmittelbare Berührung (corpore) erfolgte Zerstörung oder Beschädigung oder Entziehung einer Sache; der Thäter wurde dadurch zur Erstattung des höchsten Werths, den die Sache in den letzten 30 Tagen gehabt hatte, verpflichtet [7]). Gegen den, welcher die That böslich läugnete, wurde auf das Doppelte erkannt [8]). Als utilis actio findet ganz zu der nämlichen Wirkung die Klage Statt, wenn zwar eine Sache vernichtet oder beschädigt ist, allein nicht durch unmittelbare körperliche Berührung [9]); auch wegen Beschädigung eines freien Menschen wird die utilis actio gegeben, jedoch nur auf reinen Schadensersatz [10]). Ist durch eine zur Schuld zuzurechnende Handlung zwar Schaden gestiftet, allein ohne eine Sache zu vernichten oder zu beschädigen, so findet eine in factum actio, ebenfalls nur auf bloßen Schadensersatz, Statt [11]).

1) S. übrigens L. 27. §. 9. D. *ad Leg. Aquil.* (IX. 2.).

2) §. 3. I. *h. t.*

3) L. 1. §. 1. D. *h. t.* (IX. 2.). Vgl. *Theophil.* paraphr. ad §. 15. I. *h. t.* in f., wo sich eine ziemlich unbestimmte Angabe über das Zeitalter des Gesetzes findet.

4) L. 1. pr. D. *h. t.* „Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit, quas leges nunc referre non est necesse".

5) Pr. I. *h. t.* (*Gaj.* III. 210.) und über den Begriff pecudes: §. 1. I. *h. t.* — S. auch §. 10. *eod.* „Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, — — sed eo amplius quidquid praeterea peremto eo corpore damni nobis allatum fuerit" — —.

6) L. 27. §. 4. D. *h. t.* „Hujus legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit". §. 12. I *h. t.* — Nach *Gaj.* (III. §. 215. 216.) bezog sich der Inhalt des zweiten Capitels auf einen treulosen Adstipulator; (vgl. oben §. 187. a. E. Note 16.).

7) L. 27. §. 5. D. *h. t.* „Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto". (Vgl. §. 13. 14. I. *h. t.* und *Gaj.* III. §. 217. 218.)

8) L. 2. §. 1. D. *h. t.* *Gaj.* III. §. 216. in f.

9) §. 16. I. *h. t.* „Caeterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis — corpore suo damnum dederit; ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut jumentum tam vehementer egerit,

ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur" — —.

10) Vgl. L. 5. §. 3. L. 6. L. 7. pr. L. 13. pr. D. *h. t.*

11) §. 16. in f. I. *h. t.* — — „sed si non corpore damnum datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret".

§. 218.

4. *Injuria.*

Tit. Inst. de injuriis (IV. 4.).

Injuria bedeutet hier [1]): jede vorsätzliche Aeußerung oder Handlung, wodurch das Recht der Persönlichkeit verletzt wird [2]), insonderheit aber die Ehrverletzung [3]). Ist die ehrverletzende Handlung von besonders erschwerenden Umständen begleitet, so heißt sie atrox injuria; dies wird sie durch die Beschaffenheit der Handlung an sich (z. B. durch körperliche Mißhandlung des Beleidigten), durch den Ort, wo sie verübt wird, und durch das persönliche Verhältniß des Beleidigten, z. B. wenn die Injurie einem Magistratus, oder vom Libertus dem Patron, von Kindern den Eltern zugefügt wird [4]). Im Zwölftafelgesetz waren einzelne Arten der Injurien mit besonderen Strafen bedroht [5]); der Prätor führte eine allgemeine Klage auf Privatsatisfaction durch Zahlung einer Geldsumme ein, deren Größe der Kläger festsetzt, die aber der Richter ermäßigen kann [6]); die Verurtheilung infamirt den Beklagten gleich der aus anderen dolosen Delicten [7]). Eine Lex Cornelia bestimmte für gewisse Injurien eine öffentliche Strafe, doch kann auch aus diesem Gesetz ästimatorisch geklagt werden [8]). Die Injurienklage kann auch vom Vater angestellt werden, wenn den seiner Gewalt unterworfenen Kindern eine Injurie zugefügt ist, vom Ehemann wegen einer der Frau zugefügten Injurie [9]), sogar auch vom Herrn, wenn ein servus beleidigt ist [10]).

1) Denn s. Pr. I. *h. t.* „Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit; specialiter alias contumelia, — — alias culpa, — — sicut in lege Aquilia damnum injuriae accipitur, alias iniquitas et

injustitia —; quum enim Praetor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur". Vgl. oben §. 191. Note 1.

2) L. 11. §. 9. D. *de injuriis et famosis libellis* (XLVII. 10.) „Ei, qui servus dicitur, seque asserit in libertatem, injuriarum actionem adversus dicentem se dominum competere, nulla dubitatio est" —. L. 15. pr. *eod.* — „si quis mentem alicujus medicamento aliove quo modo alienaverit — —, ait (Labeo), injuriarum adversus eum agi posse" —. L. 13. §. 7. *eod.* „Si quis me prohibeat in mari piscari, — — — — — aut si quis re mea uti me non permittat — — — — injuriarum agi potest".

3) L. 1. §. 1. D. *h. t.* „Injuriam autem fieri Labeo ait aut re, aut verbis" —. §. 1. I. *h. t.* Vgl. über Ehrenrecht im Allgemeinen oben §. 53. a. E.

4) §. 9. I. *h. t.* „Atrox injuria aestimatur vel ex facto —, vel ex loco —, vel ex persona" —. Vgl. *Gaj.* III. §. 225.

5) *Gaj.* III. §. 225. — Collat. LL. Mos. (Lex Dei) Tit II. C. V. §. 5. „Injuriarum actio aut legitima est, aut honoraria. Legitima ex lege XII tabularum: qui injuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subit. Quae lex generalis fuit; fuerunt et speciales, velut illa: si quis os fregit libero, trecentos, si servo, CL poenam subito sestertiorum". — *Gell.* N. A. Lib. XX. c. 1. „Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto". — *Cic.* de republ. IV. 10. — „duodecim tabulae, quum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis occentavisset, sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri". *Festus* de V. S. v. *occentassint.*

6) §. 7. I. *h. t.* *Gaj.* III. §. 224. L. 7. pr. D. *h. t.* Vgl. *Gell.* XX. c. 1.

7) §. 2. I. *de poena temere litig.* (IV. 16.).

8) L. 5. pr. L. 37. § 1. D. *h. t.* — Vgl. L. 7. §. 1. *eod.*

9) L. 1. §. 3. D. *h. t.* „Item aut per semetipsum alicui fit injuria, aut per alias personas" — —. §. 2. I. *h. t.* (*Gaj.* III. §. 221.). — S. auch L. 15. §. 24. D. *eod.*

10) L. 1. §. 3. D. *h. t.* S. übr. L. 15. §. 44. D. *h. t.*

Viertes Capitel.

Obligationen ohne Vertrag und Delict.

§. 219.

I. Obligationen *quasi ex contractu.*

Tit. Inst. de obligationibus quae quasi ex contractu nascuntur (III. 27.).

Aus gewissen Gründen entstand eine civilrechtliche Obligatio ohne Contract oder Delict, welche aber die Wirkung einer contractlichen hatte [1]); es wurde also eine actio mit

civilis intentio gleichsam wie aus einem Contract gegeben. In unseren Rechtsquellen werden folgende hierher gehörige Fälle erwähnt [2]): a) die unbeauftragte Geschäftsführung (negotiorum gestio), wodurch eine ähnliche obligatio und actio begründet wird, wie aus dem Mandat (§. 208.), nämlich eine directa negotiorum gestorum actio für den Geschäftsherrn, eine contraria negot. gestor a. für den Geschäftsführer auf Erstattung der Verwendungen und überhaupt auf Entschädigung, soweit die Geschäftsführung eine nützliche war [3]). b) Die Verwaltung einer Vormundschaft (s. oben §. 86.). Es entsteht hieraus die tutelae actio directa gegen den Vormund auf Rechnungsablegung, Herausgabe des Vermögens und Ersatz des durch s. g. levis culpa in concreto [4]) verursachten Schadens, ihm selbst aber wird eine tutelae actio contraria der von ihm gemachten Verwendungen oder übernommenen Verbindlichkeiten halber gegeben [5]). Beide Klagen sind auch auf das Curatelverhältniß ausgedehnt [6]) und wider den treulosen Vormund findet außerdem noch eine Strafklage auf das Doppelte Statt, die (de) rationibus distrahendis actio [7]). c) Das Rechtsverhältniß Mehrerer, die in einer s. g. communio incidens mit einander stehen, d. h. in einer nicht durch Contract begründeten Gemeinschaft von Rechten [8]). Der Auseinandersetzung wegen haben die Communionsinteressenten eine Klage, welche mixta genannt wird, weil ihr Fundament zugleich dinglich und obligatorisch ist [9]), nämlich Miteigenthümer die communi dividundo actio [10]), Miterben die familiae erciscundae actio [11]) (§. 173. Note 10.) auf Theilung und Erstattung der Impensen, so wie des durch s. g. levis culpa in concreto [12]) verursachten Schadens [13]). Eine diesen Klagen ähnliche Klage haben Gränznachbarn, nämlich die finium regundorum actio auf Gränzberichtigung und Schadensersatz [14]); doch gründet sich diese Klage nicht auf eine Communion. d) Die Obligatio des heres auf Leistung der Vermächtnisse [15]). e) Die Verbindlichkeit dessen, welchem Jemand in der irrthümlichen Meinung rechtlicher Verpflichtung etwas gegeben hat, das Erhaltene zurückzugeben; die auf Rückerstattung gerichtete

Klage heißt indebiti condictio und verpflichtet so streng, wie die actio ex mutuo [16]). Eine ähnliche Obligatio ist wider Alle begründet, welche ohne Grund etwas haben, was zu eines Anderen Vermögen gehört, sei es daß nie ein Grund des Habens vorhanden war, oder der vorhandene aufgehört hat zu existiren; die Klage auf Herausgabe heißt im Allgemeinen condictio sine causa [17]), besondere Gründe des Hingebens oder des grundlosen Habens erzeugen dann noch besondere Benennungen, als: condictio ob causam datorum oder causa data causa non secuta [18]), ferner condictio ob causam turpem [19]), oder ob causam injustam [20]).

1) Pr. I. *h. t.*

2) Vgl. übr. L. 11. §. 9. D. *de inter. in jure fact.* (XI. 1.) u. L. 3. §. 11. D. *de pecul.* (XV. 1.). S. oben §. 211. Note 16.

3) §. 1. I. *h. t.* — Prohibentis negotia non geruntur; L. 8. §. 3. D. *de negotiis gestis* (III. 5.).

4) L. 1. pr. D. *de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione* (XXVII. 3.).

5) §. 2. I. *h. t.*

6) S. die Rubrik des Note 4. angef. Pand. Titels und L. 1. §. 3. in f. D. *de contraria tutelae et utili actione* (XXVII. 4.).

7) L. 1. §. 19. 20. 21. L. 2. pr. und §. 2. D. *de tut. et rat. distr.* XXVII. 3.).

8) L. 31. D. *pro soc.* (XVII. 2.) — „Communiter res agi potest etiam citra societatem: utputa *quum* non affectione societatis *incidimus in communionem*" —. L. 25. §. 16. D. *fam. ercisc.* (X. 2.).

9) §. 20. I. *de actionib.* (IV. 6.). Vgl. oben §. 42. Note 7.

10) L. 1. pr. D. *communi dividundo* (X. 3.).

11) L. 1. pr. D. *familiae erciscundae* (X. 2.).

12) L. 25. §. 16. D. *fam. erc.*

13) §. 3. 4. I. *h. t.*

14) L. 1. L. 2. D. *finium regundorum* (X. 1.). — §. 20. I. *de actionib.* L. 2. §. 1. D. *communi divid.*

15) §. 5. I. *h. t.*

16) §. 6. I. *h. t.* (Vgl. §. 7. *eod.*)

17) S. den Digestentitel *de condictione sine causa* (XII. 7.).

18) Tit. Dig. *de condictione causa data causa non secuta* (XII. 4.). Vgl. oben §. 200. Note 7.

19) L. 1. §. 2. L. 2. D. *de condictione ob turpem vel injustam*

causam (XII. 5.). — S. übr. L. 3. *eod.* „Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus" —.

20) L. 6. D. *de cond. ob turp. vel injust. causam.* Vgl. L. 3. C. *de condictione ex lege et sine causa, vel injusta causa* (IV. 9.).

§. 220.

II. Die Obligationen *quasi ex maleficio* oder *delicto.*

Tit. Inst. de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur (IV. 5.).

Hierunter sind die Fälle zu verstehen, in welchen Klagen nach Art und Wirkung der Delictsklagen gegeben werden, ungeachtet es entweder an einer unstatthaften und rechtsverletzenden Handlung des Obligirten überall fehlt, oder doch an einer solchen, wodurch nach civilrechtlichen Voraussetzungen der Begriff eines Delicts bedingt ist. Es gehören dahin a) die in factum actio auf Schadensersatz gegen den judex, qui litem suam fecit, d. h. durch Vernachlässigung seiner Pflichten oder Rechtsunwissenheit einer proceßführenden Partei geschadet und dadurch sich verantwortlich gemacht hat [1]. b) Die actio de effusis et dejectis gegen den Bewohner eines Zimmers, aus welchem nach einem Orte hin, ubi iter fieri solet, etwas herabgeworfen oder geschüttet ist [2]) und zwar, wenn dadurch ein freier Mensch getödtet ist, als Popularklage [3]) auf **50** aurei [4]), wegen sonstiger Beschädigungen als Privatpönalklage auf doppelten Schadensersatz, wenn Sachen beschädigt sind, ist aber eine Person dadurch verletzt, auf das Interesse [5]). c) Die Popularklage wegen gemeingefährlichen Aufstellens oder Hinhängens von Sachen (ob positum et suspensum) gegen den Urheber dieser Handlung auf **10** aurei [6]). d) Die in factum actio quasi ex maleficio wider einen exercitor navis, cauponae oder stabuli [7]) auf doppelten Ersatz des Schadens, den ein Reisender durch Dolus oder Diebstahl der Gehilfen des Schiffsherrn, Gastwirths u. s w., so wie derer, die in dem Wirthshause wohnen, erlitten hat [8]). Wegen der inneren Verwandtschaft ist hierbei auch die in factum actio ex recepto gegen Schiffsherrn und Wirthe zu erwähnen [9]). Sie geht auf einfachen Ersatz des,

nicht rein zufälligen oder durch vis major veranlaßten Schadens, den die Sachen des Reisenden in dem Wirthshause erlitten haben [10]), hat übrigens nicht die Natur einer Delictsklage, wenn auch der Schaden durch ein Delict entstanden ist [11]).

1) Pr. I. *h. t.* L. ult. D. *de extraordinar. judic.* (L. 13.).

2) L. 1. pr. §. 4. D. *de his qui effuderint vel dejecerint* (IX. 3.) „Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat —; culpa enim penes eum est. *Nec adjicitur culpae mentio*" —. L. 1. §. 6. *eod.* „Si de navi dejectum sit, dabitur actio utilis in eum, *qui navi praepositus sit*".

3) L. 1. L. 6. D. *de popularib. actionib.* (XLVII. 23.). S. auch die folg. Note.

4) L. 1. pr. und §. 5. D. *h. t.* (IX. 3.). L. 5. §. 5. *eod.* — „neque in heredem (competit), nam est poenalis et popularis".

5) §. 1. I. *h. t.* — „de eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli quantum damnum datum sit constituta est actio; ob hominem vero liberum — si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum judici videtur actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis praestitas, caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est". — L. 1. §. fin. D. *h. t.* (IX. 3.).

6) §. 1. I. *h. t.* L. 5. § 6. D. *de his, qui effuder. vel dejecer.*

7) L. 1. §. 15. D. *de exercitoria actione* (XIV. 1.) „Exercitorem — eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit" —.

8) §. 3. I. *h. t.* L. 1. pr. §. 1. 2. 6. D. *furti adversus nautas, caupones, stabularios* (XLVII. 5.). L. ult. D. *nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant* (IV. 9.).

9) L. 1. pr. D. *nautae, caup., stabularii ut rec. restit.* „Ait Praetor: nautae, caupones, stabularii quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo". L. 1. §. 3. in f. *eod.* — — „de recepto navicularius tenebitur". L. 3. §. 1. *eod.*

10) S. die Citate der vorigen Note und L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. *h. t.* (IV. 9.).

11) L. 3. §. 4. D. *h. t.* (IV. 9.) „Haec autem rei persecutionem continet —, et ideo — in heredem — datur".

§. 221.

III. Andere Fälle. 1. Schadensersatz zur Wiederherstellung rechtlicher Gleichheit.

Der Grundsatz rechtlicher Billigkeit: Niemand soll sich mit dem Schaden eines Anderen bereichern [1]), worauf man-

che civilrechtliche Obligationen beruhen [2]), ist durch Einführung subsidiärer in factum actiones in der Anwendung noch erweitert. Es gehört dahin die funeraria actio auf Wiedererstattung der Kosten, welche die ohne Rechtsverbindlichkeit übernommene Besorgung eines Begräbnisses veranlaßt hat, wenn andere Klagen nicht anwendbar sind [3]). Ferner wird eine Klage auf Herausgabe der Bereicherung in den Fällen gegeben, wo es an den besonderen Bedingungen anderer auf gleichem Prinzip beruhender Klagen fehlt [4]). Der nämliche Billigkeitsgrundsatz hat denn auch dem Recht der Lex Rhodia de jactu sein Daseyn gegeben, nach welchem absichtliche Aufopferungen bei einer Seegefahr diejenigen, deren Sachen dadurch erhalten sind, verhältnißmäßig zum Schadensersatz verpflichten [5]).

1) L. 206. D. *de regul. jur.* „Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem". L. 14. D. *de condict. indeb.* (XII. 6.).

2) Vgl. §. 219. Nr. a. u. e. auch unten §. 226. Nr. 5.

3) L. 12. §. 2. D. *de religiosis et sumtibus funerum* (XI. 7.). — L. 14. §. 12—16. *eod.*

4) S. z. B. L. 3. §. 4. D. *de negot. gest.* (III. 5.). L. 34. pr. D. *de minorib.* (IV. 4.). L. 4. und L. 16. D. *de vi* (XLIII. 16.).

5) L. 1. D. *de lege Rhodia de jactu* (XIV. 2.) „Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est" (damnum).

§. 222.

2. Gesetzliche Beschränkung der rechtlichen Freiheit zum Besten Anderer.

Die strenge Behauptung des Rechtsgebiets oder der rechtlichen Freiheit kann leicht zum Nachtheil Anderer gemißbraucht werden. Es kann sich wirkliches Unrecht dahinter verbergen, oder doch ein Rechtsverlust dadurch herbeigeführt werden, welcher sich, ohne Jemandes Recht zu verletzen, hätte vermeiden lassen. Diese Rücksichten nun haben die Einführung gesetzlicher Obligationen veranlaßt, welche darauf beruhen: Jeder müsse sich eine Einschränkung seines Rechtsgebiets gefallen lassen, sofern die strenge Behauptung

desselben mit offenbarer Unbilligkeit gegen Andere verknüpft seyn würde und nicht zur Abwendung eignen Schadens nöthig erscheint [1]). Ist hiermit die Befugniß verbunden, fremde Sachen auf eine Art zu behandeln, wobei der Eigenthümer gefährdet erscheint, so muß ihm vor der Ausübung des Rechts eine cautio damni infecti bestellt werden [2]). Als die wichtigeren Anwendungsfälle sind hier zu nennen: a) die ad exhibendum actio in ihren mannigfachen Gestaltungen [3]); ihrem ursprünglichen Begriff nach ist es die Klage auf Auslieferung oder Gestatten der Besichtigung einer Sache auf den Grund eines rechtlichen Interesses, auch ohne daß gerade der Kläger ein gegenwärtiges, dingliches oder persönliches Recht an derselben zu behaupten vermag [4]). b) Das Recht zur operis novi nunciatio, oder zum Verbot von Neuerungen durch Niederreißen oder Errichtung und Veränderung von Gebäuden, welchem bis dahin, wo über den Grund des Verbietungsrechts gerichtlich enschieden seyn wird, Folge zu leisten ist [5]). c) Die aquae pluviae arcendae actio, welche im Allgemeinen den Zweck hat, ein Grundstück gegen Ueberschwemmungen durch wildes Wasser zu sichern [6]). d Die interdicta de arboribus caedendis [7]), so wie e) das interd. de glande legenda [8]).

1) L. 2. §. 5. D. *de aqua et aquae pluviae arcendae* (XXXIX. 3.) — „opinor, — actionem — mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, *qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur*".

2) S. z. B. L. 9. §. 1. in f. L. 15. D. *ad exhibendum* (X 4.). — Vgl. auch L. 2. D. *de damno infecto* (XXXIX. 2) und §. 223. Note 4.

3) S. z. B. L. 5. §. 3. L. 9. §. 1. §. 3. §. 4. L. 12. §. 3. D. *ad exhib.*

4) L. 1. L. 2. L. 3. §. 1. 3. 6. 7. *ad exhib.*

5) L. 1. pr. §. 11. 12. D. *de operis novi nunciatione* (XXXIX. 1.). — Der Nuntiant muß aber ein gerichtliches Verfahren hierüber als Kläger veranlassen. L. 1. § 6. 14. *eod.* — Vgl. noch L. 1. pr. D. *de remissionibus* (XLIII. 25.) und L 7. §. 2 D. *quod vi aut clam* (XLIII. 2.).

6) L. 1. pr. D. *de aqua et aquae pluviae arcendae.* (S. oben Note 1).

7) L. 1. pr. D. *de arborib. caedendis* (XLIII. 27) „Ait Praetor: quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te

stat, quo minus eam adimas, tunc, quo minus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto". — L. 1. §. 7. *eod.* „Deinde ait Praetor: quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto". L. 1. §. 8. *eod.* „Quod ait Praetor, et lex XII tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur, — hoc iccirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret".

8) L. un. D. *de glande legenda* (XLIII. 28) „Ait Praetor: glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto" —.

§. 223.

3. Obligation des Eigenthümers zur Erstattung eines durch seine Sachen verursachten Schadens. a) Beschädigung durch leblose Dinge.

Es findet, wenngleich nur eine beschränkte Verbindlichkeit für den Eigenthümer Statt, den durch seine Sachen verursachten Schaden zu erstatten. Nämlich a) hat Jemand ein baufälliges Gebäude, so kann er von dem Nachbar entweder zur Vornahme einer Reparatur in Anspruch genommen werden, oder zur Bestellung einer cautio damni infecti, aus welcher demnächst, wenn der befürchtete Einsturz erfolgt, auf Schadensersatz geklagt wird [1]. Die Verweigerung der geforderten Caution hat eine missio in bona zur Folge, welcher bei fortgesetztem Ungehorsam eine missio ex secundo decreto folgt, die dem Kläger den ausschließlichen Besitz der Sache mit der Befugniß zu usucapiren giebt [2]. Ist eine Caution überall nicht gefordert oder geleistet, so hat der Beschädigte an den herabgefallenen Trümmern eine Retention bis er entschädigt ist, er kann aber auch klagen, daß der Eigenthümer die Trümmer gegen Cautionsleistung auf Schadensersatz wegnehme, oder das ganze Gebäude dem Kläger Preis gebe [3]. b) Ist der Schade durch bewegliche leblose Sachen erfolgt, so beschränkt sich das Recht des Beschädigten auf eine Retention und, wenn der Eigner die Sachen gegen Entschädigung wegnehmen will, auf das Recht, Bestellung einer cautio damni infecti zu fordern [4].

1) L. 7. pr. D. *de damno infecto* (XXXIX. 2.). L. 40. pr. *eod.*

2) L. 7. pr. D. *h. t.* (XXXIX. 2.). L. 15. §. 16. §. 20—23. *eod.* — L. 18. §. 15. *eod.*

3) L. 6. L. 7. §. 2. D. *h. t.* Vgl. L. 5. §. 5. D. *ad exhib.* (X. 4.).

4) L. 4. §. 4. D. *ad exhib.* L. 9. §. 3. D. *de damno inf.* „Neratius scribit: si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses“.

§. 224.

b) Beschädigung durch lebendige Sachen.

Tit. Inst. de noxalibus actionibus (IV. 8.) und si quadrupes pauperiem fecisse dicatur (IV. 9.).

Weiter geht die Verbindlichkeit des Eigenthümers, den durch lebendige Sachen, Sclaven und Thiere, zugefügten Schaden zu ersetzen. Es findet dieserhalb gegen ihn eine Noxalklage Statt, gerichtet auf vollen Schadensersatz, wenn nicht der Beklagte es vorzieht, das den Schaden verursachende Individuum zur Sühne des Schadens (noxae) hinzugeben [1]). Aus dem Gesichtspunct des römischen Rechts kann man hier nicht eigentlich von einer Obligatio aus Schadenzufügung durch S a c h e n sprechen. Noxa oder noxia bedeutet überhaupt soviel als ein Delict, so wie den durch dasselbe zugefügten Schaden [2]). Die Verbindlichkeit des Dominus ist eigentlich eine obligatio aus fremden Delicten, ihr Grund ist das persönliche Verhältniß des Beklagten zu dem beschädigenden Individuum [3]), das übrigens durch das Recht der noxae datio oder deditio zur Abbüßung des Vergehens mit seinem eignen Leibe genöthigt wird. Dieser Ansicht entspricht es denn vollkommen, wenn auf gewisse Weise eine S c h u l d des Thieres vorausgesetzt wird, um aus dessen noxia wider den Herrn klagen zu können [4]), aber eben deshalb nahm man keinen Anstand, die Klage auch aus Delicten der Hauskinder gegen den Vater zu geben [5]), welche doch, wie groß der Umfang der potestas über Hauskinder auch war, nie als res, als wahre Eigenthumsobjecte des paterfamilias betrachtet wurden [6]). Da indessen das neuere Recht Noxalklagen aus Delicten der Hauskinder nicht

kennt [7]), da ferner ausdrücklich anerkannt ist, daß von Delicten oder einer injuria der Thiere nicht die Rede seyn könne [8]), so rechtfertigt sich die Zusammenstellung der Noxalklagen mit den Rechtsmitteln wegen eines Schadens durch leblose Dinge aus dem practischen Standpunct vollkommen. — Für jede Noxalklage gilt die Regel: noxa sequitur caput, also die Klage findet wider den Statt, der zur Zeit des eingeleiteten Prozesses Eigenthümer des Sclaven oder Thieres ist, wenn er es auch zur Zeit der verübten noxa noch nicht war [9]). Wenn das beschädigende Individuum dolo malo veräußert wird, oder nach der Litiscontestation stirbt, ferner, wenn der Beklagte läugnet Eigenthümer desselben zu seyn, so fällt das Recht zur noxae datio weg, es findet mithin eine Verurtheilung auf vollen Schadensersatz Statt [10]). Die noxa des Thieres hat auch den besonderen Namen pauperies und die Klage heißt actio de pauperie [11]). wovon als Grund angegeben wird, daß ein Thier nicht eigentlich zurechnungsfähig, nicht injuriae capax sei [12]). Doch wird die Klage nicht gegeben, wenn das Thier gereizt schadet [13]) und überhaupt wurde, ursprünglich wenigstens, hierbei von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Schade durch eine in der Natur dieser Thiergattung nicht liegende Wildheit oder sonstige Unart verübt worden sei [14]). Wegen einer Beschädigung durch Thiere, die durch ihre natürliche Wildheit getrieben werden, Menschen u. s. w. anzufallen (als Hunde, Bären u. s. w), wurde also früher die Klage nicht gegeben, dagegen findet sich hierüber eine eigne Strafbestimmung im ädilitischen Edict: wer solche Thiere ungefesselt an Orten hält, ubi vulgo iter fit, kann mit einer Popularklage auf **200** solidi in Anspruch genommen werden, wenn das Thier einen freien Menschen tödtet, wegen Verletzungen stellt der Beschädigte eine Interessenklage an und wegen beschädigter Sachen eine Klage auf zweifachen Schadensersatz [15]). In der Folge wurde bestimmt, daß auch in Fällen dieser Art die Noxalklage Statt finden könne [16]).

1) Pr. I. *de noxalib. actionib.* und pr. I. *si quadrup. paup.* L. 1. § 14. D. *si quadrup. paup fec. dic.* (IX. 1.).

2) Vgl. L. 18. §. 1. D. *de judic.* (V. 1.). L. 1. §. 1. D. *si quadr paup.* L. 1. D. *de noxalib. actionib.* (IX. 4.). L. 17. §. 18. D.

de aedil. ed. (XXI. 1.). L. 20. D. *de verb. sign.* — Auch das schadende Individuum selbst wird noxa genannt; §. 1. I. *h. t.* (IV. 8.).

3) Daher die Zusammenstellung der Noxalklagen mit den aus Geschäften hausunterthäniger Personen entstehenden Klagen; Inst. Lib. IV. Tit. 7—9. Vgl. *Gaj* IV. §. 80.

4) L. 1. §. 11. D. *si quadrup. paup.* „Quum arietes vel boves commisissent, et alter alterum occidit, Qu. Mucius distinxit, ut, siquidem is periisset, qui aggressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio". S. auch unten Note 13. 14.

5) *Gaj.* IV. §. 75. 77. 78. 79.

6) *Gaj.* II § 90. in f. L. 6. §. 2. D. *de rei vind.* (VI. 1.).

7) §. fin. I. *h. t.* (IV. 8.).

8) Pr. I in f. *si quadr.* (s. unten Note 12.). Vgl. *Theophil.* ad *h. t.*

9) L. 1. §. 12. D. *si quadrup.* L. 20. D. *de noxalib. act.*

10) Vgl. L. 1. §. 13. 15. 16. D. *si quadrup.* L. 12. D. *de noxalib. act.*

11) Eingeführt ist sie durch das XII Tafelgesetz, das aber nur der quadrupedes erwähnt; L. 1. pr. D. *si quadr.* Vgl. aber L. 4. *eod.* „Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit".

12) Pr. in f. I. *h. t.* (IV. 9.) — „pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret". L. 1. §. 3. D. *eod.*

13) Vgl. L. 1. §. 6. 8. 11. D. *h. t.* (IX. 1.). S. oben Note 4.

14) Pr. I. *h. t.* — „haec autem actio in iis, quae contra naturam moventur, locum habet, ceterum, si genitalis sit feritas, cessat". L. 1. §. 4. 7. 10. *eod.* (IX. 1.). S. auch L. 5. *eod.* und L. 43. pr. D. *de aedil. edicto* (XXI. 1.). — Ueber den Fall, wenn ein Thier auf fremder Weide weidet, oder sonst eine seinem Herrn nicht gehörige Frucht verzehrt, vgl. *Pauli* sent. rec. Lib. I. Tit. 15. §. 1. u. L. 14. §. 3. D. *de praescr. verb.* (XIX. 5.).

15) L. 40. §. 1. L. 41. L. 42. D. *de aedil. edicto.* §. 1. I. *h. t.* (IV. 9.). — L. 3. D. *h. t.* (IX. 1.).

16) *Pauli* sent. rec. Lib. I. Tit. 15. §. 1. in f. — — „in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupedem dedat: *quod etiam lege Pesulania de cane cavetur*". L. 1. §. 2. D. *h. t.* (IX. 2.) „Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet". — Vgl. auch noch L. 1. §. 5. 10. L. 2. §. 1. D. *h. t.* (IX. 1.).

Fünftes Capitel.

Forderungsverhältnisse aus Obligationen Anderer.

§. 225.

I. Verbindlichkeiten aus den Obligationen Anderer. 1. Freiwillig übernommene.

Tit. Inst. de fidejussorib. (III. 20.).

Die freiwillig erfolgte Uebernahme einer fremden Schuldverbindlichkeit heißt intercessio [1]). Sie ist 1) eine s. g. privative Interzession, wenn der Interzedent für eine fremde Schuld ausschließlich und als alleiniger Schuldner eintritt; besonders geschieht dies durch Expromission [2]) und durch selbstverbindliches Contrahiren für einen Dritten [3]). Die Interzession ist 2) eine s. g. cumulative, wenn der Interzedent nur eventuell und accessorisch die Erfüllung einer fremden Schuldverbindlichkeit (der Prinzipalobligation) übernimmt; dies ist die eigentliche Bürgschaft oder Verbürgung. Sie erfolgte früher wohl nur durch verborum obligatio, wofür es drei verschiedene Formen gab: die sponsio, die fidepromissio, die fidejussio [4]). Die letzte war in Ansehung des Gegenstandes unbeschränkt und verpflichtete strenger, wie die beiden ersten, welche überhaupt auch nur zuläßsig waren, wenn die Hauptschuld selbst auf verborum obligatio beruhete [5]); zwischen der sponsio und fidepromissio fand kein erheblicher Unterschied Statt [6]). Im Justinianeischen Recht findet sich von den Verbürgungsformen durch verborum obligatio nur noch die fidejussio. Außerdem kann aber auch eine Verbürgung noch erfolgen durch constitutum debiti alieni [2]) und durch den Auftrag, einem Dritten zu borgen [8]). Nie kann übrigens die Verpflichtung des Bürgen auf ein Mehreres gehen, wie die des Hauptschuldners [9]), wohl aber durch *constitutum* verabredet werden, daß der Bürge ein anderes Object, oder früher, oder an einem anderen Orte leiste, wie der Hauptschuldner [10]). Prinzipalschuldner und Bürge, so wie mehrere Mitbürgen

sind solidarisch verpflichtet; an sich hat also der Gläubiger die Wahl, wen er in Anspruch nehmen will [11]). Indessen wurde schon durch eine epistola **Hadriani** das auxilium divisionis eingeführt, d. h. der auf das Ganze in Anspruch genommene Mitbürge kann sich durch Zahlung seines Theils von der Klage befreien, unter der Voraussetzung, daß die übrigen Bürgen solvent sind [12]). Justinian gab dem Bürgen auch das s. g. beneficium excussionis, d. h. die Befugniß, den Gläubiger an den solventen Hauptschuldner zu verweisen [13]). Im Uebrigen ist die solidarische Natur des durch Verbürgung begründeten Rechtsverhältnisses ungeändert geblieben, und deshalb denn die Bestimmung Justinians practisch von großer Bedeutung, daß die Litiscontestation mit dem Einen (dem Hauptschuldner, dem Bürgen oder Mitbürgen) das Recht gegen die Uebrigen nicht mehr zerstören solle, was früher der Fall war [14]). Sieht der Bürge sich genöthigt zu zahlen, so hat er doch das s. g. beneficium cedendarum actionum, d. h. es muß ihm auf sein Verlangen die Klage wider den Hauptschuldner abgetreten werden [15]); sonst kann er nur mittelst mandati oder negotiorum gestorum actio Schadloshaltung fordern [16]). — Das Recht zu interzediren ist übrigens mehreren Beschränkungen unterworfen [17]), wovon die wichtigste die durch das **SCtum Vellejanum** bestimmte ist: nach diesem Senatusconsult dürfen Personen weiblichen Geschlechts überall nicht interzediren, und ist dies dennoch geschehen, so steht nicht nur der Klage des Gläubigers eine perpetua exceptio entgegen, sondern es kann auch das aus der Interzession Geleistete wieder zurückgefordert werden [18]). Doch sind gewisse Personen und Forderungen durch ein Privilegium gegen das **SCt. Vellej.** geschützt [19]), auch gab es sonst noch Ausnahmen [20]), deren Zulässigkeit Justinian übrigens davon abhängig macht, daß die Interzession in einer öffentlichen und von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde erfolgt sei, den einen Fall abgerechnet, wenn die Frau durch Geld oder Geldeswerth zur Interzession bestimmt wurde [21]). Später führte er selbst noch eine neue Ausnahme ein [22]), verbot dagegen unbedingt die Interzession der Ehefrau für ihren Mann [23]).

1) Die Handlung wird auch intervenire genannt; beide Ausdrücke finden sich in L. 8. §. 1. und §. 14. D. *ad SCt. Vellej.* (XVI. 1.).

2) L. 8. §. 8. D. *ad SCt. Vell.*

3) L. 8. §. 14. D. *ad SCt. Vell.*

4) *Gaj.* III. §. 115 — 117. Vgl. §. 202.

5) *Gaj.* III. §. 118 — 122. In mehreren Puncten bestand aber eine Gleichheit des Rechtsverhältnisses für alle Bürgen: *Gaj.* III. §. 123 bis 126.

6) S. *Gaj.* III. §. 127. a. E. Vgl. IV. §. 22. §. 25.

7) L. 5. §. 2. 3. D. *de pecunia constituta* (XIII. 5.). S. oben §. 212. Nr. a.

8) L. 6. §. 4. D. *mandati* (XVII. 1.).

9) §. 5. I. *h. t.*

10) arg. L. 1. §. 5. L. 3. in f. L. 4. L. 5. pr. D. *de pec. const.*

11) L. 5. L. 23. C. *de fidejussoribus et mandatoribus* (VIII. 41.). §. 4. I. *h. t.*

12) §. 4. I. *h. t.* L. 10. §. 1. L. 26. L. 28. D. *de fidejussoribus et mandatoribus* (XLVI. 1.). — Auch mehreren privativen Interzedenten steht dies Recht zu; arg. Nov. 99. c. 1.

13) Nov. 4. c. 1.

14) L. 28 C. *de fidejussorib. et mandatorib.*

15) L. 17. L. 41. §. 1. D. *h. t.* (XLVI. 1.).

16) § 6. I. *h. t.* L. 4. pr. D. *h. t.* (XLVI. 1.).

17) Vgl. L. 8. §. 1. D. *qui satisd. cog.* (II. 8.). Nov. 123. c. 6.

18) L. 1. und 2. D. *ad SCtum Vellejanum* (XVI. 1.). — L. 32. §. 1. 2. *eod.* L. 9. C. *eod.* (IV. 29.).

19) L. 12. D. *de minorib.* (IV. 4.). L. 12. L. 24. L. ult. C. *h. t.* (IV. 29.).

20) L. 2. §. 3. L. 4. pr. L. 21. pr. L. 23. L. 30. pr. D. *h. t.* (XVI. 1.). L. 22. C. *eod.* (IV. 29.).

21) L. 23. C. *h. t.* (IV. 29.).

22) Nov. 118. c. 5.

23) Nov. 134. c. 8. und auth. *si qua mulier* C. *ad SCt. Vellej.* (IV. 29.).

§. 226.

2. Gesetzliche Verpflichtung aus Rechtsgeschäften Anderer.

Tit. Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur (IV. 7.).

Aus Geschäften hausunterthäniger Personen (der servi und filiifamilias) mit dritten Personen fanden wider den Hausherren folgende Klagen Statt: a) die quod jussu actio, wenn sie auf seinen Auftrag (jussus) gehandelt haben, oder das Geschehene hinterher genehmigt ist [1]); b) die

exercitoria actio und institoria actio, aus Verträgen, welche ein servus u. s. w. als magister navis [2]) oder institor [3]) des Hausherrn geschlossen hat [4]). c) Die de in rem verso actio, wenn durch das Geschäft der hausunterthänigen Person etwas in das Vermögen des Hausherren gekommen, oder demselben eine nothwendige Ausgabe erspart ist [5]). Diese Klage geht nicht, wie die vorher genannten, auf das Ganze (solidum), sondern sie wird nur in soweit gegeben, als eine in rem versio angenommen werden kann [6]). d) Die de peculio actio, aus den nicht durch Delicte begründeten Obligationen der hausunterthänigen Person, welche ein s. g. peculium profectitium (s. §. 139.) hatte, wenn sie sich auch nicht auf das Peculium bezogen; jedoch ebenfalls nicht in solidum, sondern nur so weit das Peculium reicht [7]). Dabei kann denn der Hausherr, welcher auch Peculiargläubiger ist, seine eignen Forderungen vorabziehen [8]), außer sofern den Hausunterthänigen die Betreibung von Handelsgeschäften in eignem Namen gestattet, und zu dem Zwecke etwas gegeben oder dadurch erworben ist, was merx peculiaris heißt. Hierbei findet nämlich ein Vorzug des Hausherrn vor anderen Gläubigern nicht Statt, sondern derselbe muß die merx peculiaris nach Verhältniß der Forderungen unter sämmtliche Gläubiger vertheilen, oder gestatten, daß dies durch einen arbiter geschehe; im Fall der Weigerung oder unredlicher Vertheilung steht den übrigen Gläubigern die tributoria actio auf Bewirkung ordnungsmäßiger Theilung zu [9]). Ein besonderes Recht gilt übrigens noch für das von einem unter väterlicher Gewalt stehenden Menschen contrahirte Gelddarlehn; nach dem senatusconsultum Macedonianum nämlich soll daraus weder der Vater, noch der Anleiher selbst in Anspruch genommen werden dürfen [10]). Doch versteht sich von selbst, daß die exceptio aus dem SCt. in sofern wegfällt, als abgesehen von der de peculio actio eine der oben genannten Klagen (quod jussu, de in rem verso actio u. s. w.) Statt findet [11]); der Anleiher selbst kann sich unter anderen [12]) auch in dem Fall nicht auf das SCt. berufen, wenn er nach erfolgter Befreiung von väterlicher Gewalt und erlangter Großjährigkeit die Forde-

rung anerkennt [13]). — Von den obigen Klagen nun werden die exercitoria, institoria und de in rem verso actio in Folge späterer Ausdehnungen auch aus Geschäftsführungen freier Stellvertreter gegeben [14]), gewissermaßen auch die quod jussu actio, wenn man von dem Namen absieht, so wie davon, daß die Klage dritter Personen gegen den Prinzipal aus Geschäftshandlungen eines Mandatars nicht direct aus dem Geschäft gegeben wird, sondern nur als utilis actio [15]), indem genau genommen der Dritte sich an den Geschäftsführer halten, dieser aber mit mandati actio contraria Uebernahme der Verbindlichkeit oder Schadloshaltung von dem Prinzipal fordern müßte [16]).

1) §. 1. I. *h. t.* L. 1. pr. §. 3. und §. 6. D. *quod jussu* (XV. 4.).

2) L. 1. §. 1. u. §. 3. D. *de exercit. actione* (XIV. 1.) „Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est. — — Magistri autem imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis armamentisve emendis; sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem". — Ueber den Begriff von exercitor s. oben §. 220. Note 7.

3) L. 3. D. *de institoria actione* (XIV. 3.) „Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet, nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi".

4) §. 2. I. *h. t.* — Vgl. L. 1. pr. D. *de exercit. act.*

5) §. 4. I. *h. t.* L. 1. pr. L. 3. §. 1. D. *de in rem verso* (XV. 3.). L. 3. §. 2. *eod.* „Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem, quotiesque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus haberet, aut non deteriorem".

6) L. 1. D. *quod cum eo, qui in aliena pot.* (XIV. 5.).

7) §. 36. I. *de actionib.* §. 4. I. *h. t.* Vgl. L. 3. §. 8—13. D. *de peculio* (XV. 1.). — L. 44. *eod.* — L. 1. pr. u. §. 1. D. *quando de peculio actio annalis est* (XV. 2.).

8) L. 5. in f. D. *de pecul.* S. übr. L. 23. *eod.*

9) §. 3. I. *h. t.* L. 1. pr. §. 1. 2. L. 5. §. 4. 7. in f. §. 11. u. §. 19. L. 6. D. *de tributoria actione* (XIV. 4.). L. 7. §. 1. §. 2. *eod.* L. 12. *eod.*

10) L. 1. pr. D. *de SCto Macedoniano* (XIV. 6.). — L. 9. §. 4. L. 10. D. *eod.* — — „solutum non repetunt — — —, quia naturalis obligatio manet".

11) Vgl. L. 7. §. 11—13. L. 12. D. *h. t.* (XIV. 6.). L. 4. 5. 7. C. *eod.* (IV. 28.).

12) S. z. B. L. ult. §. 1. C. *eod.*

13) L. 2. in f. C. *h. t.* (IV. 28.).

14) L. 1. §. 4. D. *de exercit. act.* L. 7. §. 1. D. *de institor. act.* §. 2. in f. l. *h. t.* L. 7. §. 1. C. *quod cum eo, qui in aliena potest.* (IV. 26.).

15) L. 31. pr. D. *de negot. gest.* (III. 5.). L 10. § 5. D. *mandati* (XVII. 1.). L. 13. §. 25. D. *de act. emti et vend.* (XIX. 1.).

16) L. 45. pr. §. 2. und §. 5. D. *mandati.*

§. 227.

II. Geltendmachung eines fremden Forderungsrechts in eignem Namen.

Tit. Inst. de iis per quos agere possumus (IV. 10.).

Zur Uebertragung eines Forderungsrechts auf einen anderen Gläubiger bedurfte es in früherer Zeit eines besonderen Geschäfts mit dem Schuldner, wodurch indessen die bisherige Obligatio eigentlich aufhörte und eine neue begründet wurde [1]). Seitdem aber die Möglichkeit gerichtlicher Stellvertretung — durch Procuratores und Cognitores [2]) — aufkam [3]), wurde auf diese Weise auch die einseitige Uebertragung von Forderungsrechten vermittelt. Durch die Litiscontestatio mit dem Stellvertreter wurde dieser nämlich dominus litis [4]); ihrem Grunde nach erschien die Forderung nach wie vor als die des Prinzipals, die Condemnation aber wurde auf die Person des Stellvertreters gestellt [5]). Wer nun eine Forderung auf einen Anderen übertragen wollte, machte diesen zum procurator oder cognitor in rem suam [6]), d. h. er beauftragte ihn, die Forderung in des Mandanten Namen einzuklagen, das durch Litiscontestation auf ihn übergegangene Recht aber als ein selbsterworbenes, ihm zugehöriges zu behandeln, wodurch denn die Verpflichtung zur Restitution des Erhaltenen ausgeschlossen wurde [7]). Hieraus entwickelte sich denn das Rechtsinstitut, welches wir Cession der Forderungsrechte nennen: der s.g. Cessionar (in rem suam procurator) ist berechtigt, ein fremdes Forderungsrecht zu seinem Nutzen geltend zu machen. Als eine fremde erscheint die Forderung nach wie vor dadurch, daß bis zur Litiscontestation und was dieser gleichsteht (Note **10.**) noch der Cedent als ihr Inhaber betrachtet wird [8]), auch aus seiner Person Einreden gegen dieselbe hergenommen

werden können; als die eigne des Cessionars dagegen, insofern der Forderung auch Einreden aus dessen Person entgegenstehen [9]). Es ist aber die Litiscontestation nicht erforderlich, um den Cedenten auszuschließen und den Cessionar in ein obligatorisches Verhältniß zu dem Schuldner (dem s. g. debitor cessus) zu stellen, indem dies auch durch Denuntiation bewirkt werden kann [10]). Eben so wenig erfordert das neuere Recht noch ein eigentliches Mandat zur Uebertragung der Forderung, ja in vielen Fällen geht das Forderungsrecht ohne alle Cession von selbst auf den über, welcher dessen Abtretung verlangen kann [11]). So oft nun an den ursprünglichen Voraussetzungen dieses Rechtserwerbes etwas fehlt (— wenn also das Mandat durch den Tod erloschen, oder überall kein Mandat erfolgt ist, oder Jemand ohne alle Cession erwirbt), wird die Forderung als utilis actio bezeichnet [12]).

1) *Gaj.* IV. §. 38. — — „quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me, tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; *quae dicitur novatio obligationis*". *Gaj.* III. §. 130. „A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, *si Titius te delegaverit mihi*". Vgl. §. 203. und unten §. 231.

2) *Gaj.* IV. §. 82. 83. 84. Vat. Fragm. *de cognitorib. et procuratorib.* §. 317 sqq.

3) Nur von der gerichtlichen Stellvertretung handelt der angeführte Institutionen-Titel.

4) L. 4. §. 5. D. *de appellat.* (XLIX. 1). L. 11. pr. D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV. 4).

5) *Gaj.* IV. §. 86. „Qui autem alieno nomine agit, *intentionem quidem ex persona domini sumit*, condemnationem autem in suam personam convertit" —.

6) *Gaj.* II. §. 39. „Sine hac vero novatione (s. Note 1.) non poteris tuo nomine agere. sed debes ex persona mea quasi cognitor, aut procurator meus, experiri". L. 24. pr. D. *de minor.* (IV. 4.). L. 8. §. 10. in f. D. *mandati* (XVII. 1.). Vat. Fragm. §. 317. — „non alius, quam si in rem suam cognitor factus sit". Vgl. oben §. 179. Note 1. a. E.

7) S. L. 13. §. 1. D. *de pact.* (II. 14.). L. 25. L. 28. L. 55. D. *de proc.* (III. 3.). L. 4. §. 18 D. *de doli mali exc.* — So erklärt es sich, wenn gesagt wird: die Uebertragung von Forderungsrechten erfolge, entweder interpositis delegationibus oder inchoatis litibus. Vgl. ibid. §. 260. und L. 2. C. *de obl. et act.* (IV. 10.). S. unten Note 12.

8) L. 3. C. *mandati* (IV. 35.). L. 3. C. *de novat.* (VIII. 42.). L. ult. C. *de transactionib.* (II. 15.).

9) L. 4. §. 18. D. *de doli mali exc.*

10) L. 3. C. *de novationib.* — L. 4. C. *quae res pignori oblig.* (VIII. 17.).

11) S. z B. L. 13. §. 25. D. *de act. emti et vend.* L. 57. in f. *de leg.* I.

12) L. 7. C. *de her. vel act. vend.* (IV. 39.) „Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, post nominum venditionem utiles emtori — — — dandas actiones" —. L. 2. C. *de obl. et act.* „Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen merito actionem — dari oportere rescriptum est".

Sechstes Capitel.

Auflösung der Obligationen.

Tit. Inst. quibus modis obligatio tollitur (III. 29.).

§. 228.

Einleitung.

Die Auflösung der Obligationen erfolgt entweder ipso jure oder per exceptionem [1]). Zwischen beiden Arten bestand in den Fällen, in welchen der Gegensatz vollständig vorhanden war, eine dreifache Verschiedenheit, die des Grundes, des prozessualischen Verfahrens und der materiellen Wirkung. a) Dem Grunde nach läßt sich der Unterschied auch so bezeichnen: ipso jure, d. i. jure civili, was aber nicht so viel heißt, daß die Auflösung durch einen dem jus proprium Romanorum angehörigen Grund bewirkt sein müsse, sondern nur, daß die Obligation nach den im jus civile anerkannten Grundsätzen zerstört werde. Per exceptionem, d. i. jure praetorio [2]); denn wenn gleich nicht alle Exceptionen durch das prätorische Edict eingeführt sind, so ist der Prätor doch der Schöpfer des Rechts der Exceptionen. b) Die ipso jure wirkenden Aufhebungsgründe konnte der Juder stets berücksichtigen, d. h. wenn der Beklagte auch erst in judicio sich darauf berief, wogegen die nur per exceptionem wirkenden, bei den judicia wenig=

stens, die nicht bonae fidei waren, der Instructionsformel an den Judex einverleibt sein mußten [3]). Dieser Unterschied konnte freilich nur so lange gelten, als der ordo judiciorum privatorum noch bestand [4]). c) Das Wesen beider Begriffe läßt sich so bestimmen: der ipso jure wirkende Aufhebungsgrund zerstört mit seinem Eintritt die actio ganz oder theilweise, der nur per exceptionem wirkende dagegen gewährt dem Debitor wider die an sich noch bestehende actio ein Schutzrecht durch die exceptio [5]). Hieran knüpfen sich denn einzelne practisch erhebliche Wirkungen, z. B. daß ein Verzicht auf die exceptio der Obligatio, welcher sie entgegen stand, ihre volle Geltung wieder verschafft, wogegen die ipso jure erloschene Obligatio nur als eine neue wieder entstehen kann [6]). Darin darf man übrigens den Unterschied nicht suchen, daß durch einen Grund der ersten Art stets die ganze Obligatio zerstört werde, wenn aber nur eine exceptio ihr entgegensteht, eine naturalis obligatio stets zurückbleibe. In einzelnen Fällen hebt nämlich auch ein ipso jure wirkender Grund nur die actio auf und die Obligatio behält als naturalis obl. ihren Bestand [7]), umgekehrt aber ist es Regel, daß eine *perpetua* exceptio dem practischen Erfolge nach die ganze obligatio vernichtet [8]). — Unter Berücksichtigung dieser zwiefachen Aufhebungsart der Obligationen soll nunmehr eine Aufzählung der wichtigeren Gründe erfolgen, sofern sie nicht blos auf einzelne Arten der Obligationen sich beziehen [9]), oder nicht schon in einem andern Zusammenhange erwähnt werden mußten [10]).

1) S. z. B. L. 27. §. 2. L. 51. pr. D. *de pact.* (II. 14.). *Gaj.* III. §. 168. §. 181. — Vgl. auch L. 34. §. 1. D. *de obl. et act.* (XLIV. 7.).

2) L. 3. §. 1. D. *de pecun. constit.* (XIII. 5.) „Si quis — constituerit, quod jure civili debebat, *jure praetorio non debebat, id est, per exceptionem*" —.

3) *Gaj.* IV. §. 117. 119. (Vgl. oben §. 43. Note 1). — L. 3. D *de resc. vendit.* (XVIII. 5) — „quia bonae fidei judiciis exceptiones pacti insunt" —. L. 21. D. *sol. matrim.* (XXIV. 3.) — „quum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei judiciis" —. Vgl. §. 30. I. *de actionib.* (IV. 6.). *Gaj.* IV. §. 61. 63. L. 7. D. *de negot. gest.* (III. 5.) und oben §. 194. Note 9.

4) Vgl. L. 2. C. *sentent. rescindi non posse* (VII. 50.). L. 8. C. *de except.* (VIII. 36.).

5) *Gaj.* IV. §. 116. Pr. §. 1—4. I. *de exceptionib.* (IV. 13.) — „Verbis gratia, si metu coactus, aut dolo inductus — stipulanti Titio promisisti —; palam est *jure civili te obligatum esse*, et *actio, qua intenditur dare te oportere efficax est*: sed *iniquum est te condemnari*, ideoque *datur tibi exceptio — — ad impugnandam actionem*". — — — „Aeque si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, *adhuc obligatus permanet*: sed quia iniquum est de perjurio queri, *defenditur per exceptionem jurisjurandi*".

6) Vgl. L. 27. §. 2. D. *de pact.* L. 12. D. *de novationib.* (XLVI. 2.). L. 28. pr. D. *de legat.* I. L. 13. D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3). — S. auch L. 9. §. 3. D. *ad SCt. Maced.* (XIV. 6.).

7) L. 2. §. 2. D. *de cap. min.* (IV. 5.).

8) L. 66. D. *de reg. jur.* L. 112. *eod.* „Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur". L. 26. §. 3. D. *de cond. indeb.* (XII. 6.) „Indebitum solutum accipimus, non solum, si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; *quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit*" —. S. übr. L. 19. pr. L. 40. pr. L. 60. pr. *eod.* u. oben § 193. Note 8.

9) Vgl. L. 80. D. *de solutionib.* (XLVI. 3.) „Prout quidque contractum est, ita et solvi debet" —.

10) Dahin gehören insbesondere auch capitis deminutio (§. 52.) u. confusio (§. 171.).

§. 229.

I. Gründe, welche die Obligation *ipso jure* aufheben. 1. Solution.

Unter Solution wird hier [1]) die Auflösung der Obligatio durch Leistung des schuldigen Gegenstandes verstanden, insbesondere die Zahlungsleistung [2]). Nur wer veräußern darf, ist zur Leistung oder Entgegennahme von Zahlungen berechtigt [3]), dagegen kann auch ein Dritter den Schuldner, selbst wider dessen Willen, durch Zahlung liberiren [4]). Ein vergebliches Anbieten des schuldigen Gegenstandes befreit den Schuldner, wenn er sich des Objects entledigt [5]); ist dasselbe aber eine Geldsumme, so kann dies nur durch Deposition geschehen [6]). Auch muß man sich zu gehöriger Erfüllung erbieten, namentlich am rechten Orte [7]), so wie zur vollständigen Leistung [8]). Bisweilen kann der Geldgläubiger auch genöthigt werden, sich eine Abfindung durch andere Sachen — in solutum datio — gefallen zu lassen [9]); regelmäßig bedarf es aber eine Einigung hierüber [10]). Ob die in solutum datio ipso jure befreie, oder nur per exceptionem, war unter den alten Juristen streitig [11]).

1) L. 54. D. *de solut.* (XLVI. 3.).

2) L. 176. D. *de verb. sign.* L. 49. D. *h. t.* (XLVI. 3.).

3) L. 14. §. 8. L. 15. D. *h. t.* (XLVI. 3.).

4) Vgl. Pr. I. in f. *h. t.* L. 23. D. *h. t.* „Solutione — — et inviti et ignorantes liberari possumus". L. 40. *eod.*

5) L. 3. §. 1. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII. 6.).

6) L. 7. D. *de usur.* (XXII. 1.). L. 39. D. *h. t.* — S. übrigens L. 72. pr. D. *h. t.*

7) L. 39. D. *h. t.* — — „quid enim si inopportuno tempore vel loco obtulerim" —. L. 9. D. *de eo, quod certo loco dari oportet* (XIII. 4.). „Is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest". Vgl. auch L. 1. D. *eod.*

8) L. 41. §. 1. D. *de usur.*

9) Nov. 4. c. 3.

10) Denn: „aliud pro alio invito creditori solvi non potest"; L. 2. §. 1. in f. D. *de reb. cred.* (XII. 1.). Vgl. L. 46. D. *h. t.*

11) *Gaj.* III. §. 168. — „quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso jure liberetur, quod nostris praeceptoribus placet, an ipso jure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est".

§. 230.

2. Acceptilation und *contrarius consensus.*

Acceptilation ist die Aufhebung einer Obligation durch eine an den Creditor gerichtete Frage des Debitor und eine dieser entsprechende Antwort [1]); z. B. quod ego tibi promisi, habesne acceptum? habeo [2]). Sie diente eigentlich nur zur Auflösung einer verborum obligatio [3]); um sie zur Tilgung anderer Obligationen zu benutzen, mußten diese erst in eine verborum obligatio verwandelt werden [4]). Die Acceptilation wird auch als imaginaria solutio bezeichnet [5]), wohl nicht blos deshalb, weil sie die Wirkung einer Solution hat [6]), sondern weil sie ihren Ursprung hat in der nexi liberatio [7]), wobei die Befreiung per aes et libram (also durch imaginäre Solution, solutio dicis causa) vermittelt wurde [8]); es bestand dies Geschäft noch zur Zeit der juristischen Klassiker, als Solutionsmittel für andere strengrechtliche Forderungen, als die durch verborum obligatio begründeten [9]). Aus der Regel: prout quidque contractum

est, ita et solvitur, folgt von selbst, daß auch Consensualverträge durch bloße Uebereinkunft (contrario oder mutuo dissensu) eben so gut wie durch Erfüllung ipso jure aufgehoben werden [10]).

1) L. 1. D. *de acceptilatione* (XLVI. 4.). Vgl. L. 4. 5. *eod.* L. 77. D. *de regul. jur.* S. auch unten Note 6.

2) §. 1. I. *h. t.* *Gaj.* III. §. 169. Vgl. auch L. 6. 7. 9. D. *h. t.* (XLVI. 4.).

3) L. 8. §. 3. D. *h. t.* — „neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est". — Doch hat die Acceptilation für andere Forderungen regelmäßig die Bedeutung eines pactum de non petendo (§. 233. Nr. a.): L. 8. pr. *eod.*

4) §. 1. I. *h. t.* *Gaj.* III. §. 170. in f. — §. 2. I. *h. t.* „Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est: Quicquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet, oportebit, praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque adversus te petitio, vel adversus te persequutio est eritve, quodque tu meum habes, tenes, possides, possideresve, dolove malo fecisti quo minus possideas, quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: *quicquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum?* Respondit Aulus Augerius: *habeo acceptumque tuli*". — L. 18. D. *h. t.*

5) *Gaj.* III. §. 169. §. 170. in f.

6) L. 5. D. *h. t.* „In diem acceptilatio facta nullius est momenti, nam solutionis exemplo acceptilatio solet liberare".

7) So wie die verborum obligatio selbst aus der nexi datio hervorgegangen ist; s. oben §. 202. Note 3. 4.

8) *Gaj.* III. §. 174.

9) *Gaj.* III. §. 173. 175.

10) L. 80. in f. D. *de solut.* (XLVI. 3.). §. fin. I. *h. t.*

§. 231.

3. Novation.

Novation in der eigentlichen Bedeutung ist die Umwandlung einer Obligation in eine andere [1]); wir nennen sie auch privative Novation, da sie stets mit Zerstörung der früher bestandenen Obligation verbunden ist (Note 1.). Sie kann erfolgen a) durch Aufhebung und Umwandlung des Rechtsgrundes der Obligation [2]); b) durch Veränderung der Subjecte, welche stets ein besonderes Geschäft zwischen dem

Gläubiger und einem Dritten voraussetzt, wodurch dieser die Schuld übernimmt [3]), dem gewöhnlich ein Auftrag des bisherigen Schuldners (delegatio) zu Grunde liegt [4]); s. g. novatio ad delegationem. Wegen der Umwandlung des Grundes der Obligatio liegt auch in der Litiscontestation und res judicata eine Novation [5]); man nennt diese Novation eine necessaria, im Gegensatz der auf freiwilliger Uebereinkunft beruhenden, welche novatio voluntaria heißt.[6]). Durch die s. g. novat. necessaria wird der materielle Gehalt der novirten Obligatio nicht verringert, im Gegentheil hat die Litiscontestation auf das Forderungsrecht meistens einen vortheilhaften Einfluß (s. die Note 6.). Die Neueren gründen hierauf, so wie auf die Möglichkeit, einzelne Abänderungen einer bestehenden Obligation ohne ihre Aufhebung zu bewirken [7]), den Begriff einer cumulativen Novation, die man übrigens besser eine abändernde nennt. Eine eigentliche oder privative Novation darf in Zweifel nicht angenommen werden [8]). Uebrigens liegt auch in einem Vergleiche, d. i. in der Vereinbarung über ein zweifelhaftes Recht [9]), eine wahre oder aufhebende Novation [10]), vorausgesetzt, daß der Vergleich nicht durch ein bloßes pactum abgeschlossen wird [11]).

1) L. 1. pr. D. *de novationibus et delegationibus* (XLVI. 2.) „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem — transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur; novatio enim — nomen accepit — a nova obligatione".

2) L. 2. L. 8. §. 1. D. *h. t.* (XLVI. 2.). *Gaj.* III. §. 129. S. oben §. 203. Note 6.

3) L. 8. §. 5. D. *h. t.* Die Handlung wodurch dies geschieht heißt gewöhnlich expromittere; L. 22. D. *ad SC. Vellej.* (XVI. 1.). L. 4. D. *de cond. causa data causa non suc.* (XII. 4.).

4) L. 11. D. *h. t.* „Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit" — § 3. I. *h. t.* — „veluti si id, quod tu Sejo debes, a Titio dari stipulatus sit" —. *Gaj.* III. §. 176 u. §. 130. S. oben §. 203. Note 7. Ob der Expromittent (der s. g. delegatus) Schuldner des Deleganten ist, oder nicht, ist gleichgültig. Im ersten Fall kann die Delegation auch zu dem Zweck geschehen, um die Schuldforderung an den s. g. Delegatar zu veräußern; s. oben §. 227. Note 1.

5) *Gaj.* III. §. 180. S. oben §. 46. Note 4. u. die folg. Note.

6) L. 29. D. *h. t.* „Aliam causam esse *novationis voluntariae*, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium — — tutelae, si post — — pubertatem tutelae actio nove-

tur. Quod nemo dixerit lite contestata; neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem" —. S. auch oben §. 46. u. das. Note 1.

7) L. 1. §. 5. L. 3. in f. L. 4. L. 5. pr. D. *de pec. constit.* (XIII. 5.). §. 3. I. *h. t.*

8) L. ult. C. *h. t.* (VIII. 41.). § 3. I. *h. t.*

9) L. 1. D. *de transactionib.* (II. 15.).

10) L. 7. §. 1. D. *de transact.* L. 68. in f. D. *de fidejussorib.* (XLVI. 1.). L. 32. C. *de transactionib.* (II. 4.).

11) Vgl. L. 21. C. *de pact.* (II. 3.). L. 28. 32. 33. 40. C. *de transactionib.*

§. 232.

II. Gründe, welche eine Obligation nur *per exceptionem* oder doch nicht allemal *ipso jure* aufheben. 1. Compensation.

Compensation ist die Aufhebung einer Forderung durch eine Gegenforderung [1]). Bedingt ist sie dadurch, daß nicht nur überhaupt eine Gegenforderung bestehe [2]), sondern auch daß die gegenseitigen Forderungen auf gleichartige und zwar vertretbare Sachen gerichtet seien [3]) oder sich doch dem endlichen Resultate nach in Geldforderungen auflösen müssen [4]); quantitative Gleichheit ist aber nicht erforderlich, da auch eine theilweise Compensation möglich ist [5]). Die Compensation fand früher nur bei bonae fidei actiones Statt; durch ein Rescript von K. Marc Aurel wurde anerkannt, daß auch gegen stricti juris actiones die aequitas compensationis mittelst doli exceptio in Anspruch genommen werden könne [6]). Unter der Voraussetzung nun, daß Jemand von seinem Compensationsrecht Gebrauch machen will, steht die compensable Forderung mit dem Augenblick ihres Daseins der anderen Forderung ganz oder theilweise entgegen [7]). Da dies allerdings manche Bedenklichkeiten hat, so mochte es von Manchen theils überhaupt nicht, theils nicht für alle und jede, wenn auch an sich compensable, Forderungen anerkannt werden [8]). Enschieden wurde, daß in allen geeigneten Fällen die in Anspruch genommene Compensation so wirksam sein solle, als wäre mit dem Eintritt der Thatsache, worauf sie sich stützt, wirkliche Zahlung erfolgt [9]). Zur

Bezeichnung dieser Wirkung wird der Ausdruck gebraucht, die Compensation trete *ipso jure* ein [10]), wodurch freilich leicht Mißverständnisse veranlaßt werden konnten. Argentarii mußten übrigens zur Vermeidung des Nachtheils der pluspetitio cum compensatione agere, d. h. sie durften ihre Forderung nur auf so viel richten, als nach Abzug ihrer Schuld übrig blieb [11]); das cum deductione agere eines bonorum emtor unterschied sich hievon auf mehr als eine Art [12]).

1) L. 1. D. *de compensationib.* (XVI. 2.) „Compensatio est debiti et crediti inter se contributio". — Dadurch unterscheidet sich die Compensation von der Retention, worunter man die Befugniß versteht, dem Gegner eine Sache, woran er Ansprüche hat, so lange, bis er ihm obliegende Verbindlichkeiten erfüllt hat, vorzuenthalten; s. z. B. L. 50. §. 1. D. *de her. pet.* (V. 3.). L. 31. §. 8. D. *de aedil. ed.* (XXI. 1.). Vgl. auch oben §. 132. Note 7. §. 137. Nr. a. b. und Note 9.

2) L. 6. D. *h. t.* (XVI. 2.) „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem". L. 14. *eod.* „Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt". Vgl. §. 228. Note 8.

3) *Gaj.* IV. §. 66. — — in compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturae est; veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino, adeo, ut quibusdam placeat, non omnimodo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita, si ejusdem naturae qualitatisque sit". Vgl. *Pauli* sent. rec. Lib. II. Tit. 5. §. 3.

4) Unter dieser Voraussetzung kommt es auf den eigentlichen Grund der Forderung nicht weiter an; L. ult. pr. C. *h. t.* (IV. 31.). Vgl. L. 2. §. 2. D. *h. t.*

5) §. 39. I. *de actionib.* Vgl. *Gaj.* IV. §. 61. L. 1. C. *h. t.*

6) §. 30. I. *de actionib.* Vgl. *Gaj.* IV. §. 63.

7) Vgl. L. 4. L. 21. D. *h. t.* L. 4. C. *eod.* „Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure *pro soluto* compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur" —. Vgl. L. 10. §. 1. L. 11. D. *h. t.*

8) Dies dürfen wir wohl annehmen, ungeachtet es in L. 21. D. *h. t.* heißt: „Posteaquam *placuit inter omnes*, id quod invicem debetur ipso jure compensari" u. s. w. Man vgl. den Ausdruck der Stelle in der Note 7. u. 9.

9) L. 4. u. ult. C. *h. t.* §. 30. I. *de actionib.*

10) S. die Note 7. u. 9. angef. Stellen, auch *Theophil.* in paraphr. ad §. 30. I. *de action.* — Vielleicht wirkte auf den Gebrauch dieses Ausdrucks auch der Umstand mit ein, daß man in Beziehung auf bonae fid. jud. (worauf sich ja früher die aequitas compensationis beschränkte) überhaupt gerne sagte: doli exceptionem inesse bonae fidei judiciis; s. §. 228. Note 3. An eine Tilgung der Forderung ipso jure in dem oben (§. 228. Nr. c.) bestimmten Sinne ist dabei nicht zu denken. Vgl. auch L. 2. D. *h. t.* „Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem *petentem summovet, si paratus est compensare*".

11) *Gaj.* IV. §. 64. §. 68.

12) *Gaj.* IV. §. 65—68. Vgl. oben §. 185. Nr. f. u. das. Note 7.

§. 233.

2. Die übrigen Fälle.

a) Pacta de non petendo, mögen sie in rem (d. h. ganz allgemein gefaßt) sein oder nur in personam[1]), befreien den Debitor in der Regel nur per exceptionem [2]); Delictsobligationen werden dadurch ipso jure aufgehoben [3]), ebenso Naturalobligationen, nämlich in Folge des Grundsatzes, daß die Begründungsart einer obligatio im umgekehrten Verhältnisse auch ihre Auflösung bewirken müsse [4]). b) In ähnlicher Art liberirt auch der Eidschwur, daß man nichts schuldig sey [5]). c) Litiscontestation und res judicata zerstörten bald die actio ipso jure, bald gewährten sie nur eine exceptio rei in judicium deductae oder judicatae, je nach der verschiedenen Beschaffenheit der judicia [6]). d) Die Verjährung der Actionen begründet stets nur eine Befreiung per exceptionem [7]).

1) L. 7. §. 8. *de pact.* (II. 14.). S. oben §. 199. Note 7.

2) L. 17. §. 2. L. 27. §. 2. D. *de pact.*

3) L. 17. §. 1. D. *de pact.* „Quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum, item furti".

4) L. 95. §. 4. D. *de solutionib.* (XLVI. 3.).

5) §. 4. I. *de exceptionib.* (S. oben §. 228. Note 5. a. E.). Vgl. L. 9. §. 4. L. 42. pr. D. *de jurejur.* (XII. 2.).

6) *Gaj.* III. §. 180. 181. Vgl. oben §. 46. Note 4. u. §. 231. Note 6.

7) Vgl. L. un. C. *de usuc. transformanda* (VII. 31.) — „annalem exceptionem" —. L. 1. §. 2. C. *de annali exceptione italici contractus tollenda* (VII. 40.) — „temporalem exceptionem opponi" —. L. 12. D. *de diversis temporalibus praescriptionibus* (XLIV. 3.). — Ueber die auf die Klagenverjährung sich beziehende Eintheilung der actiones in perpetuae und temporales s. oben §. 42. Nr. 5. Vgl. auch L. 1. Th. C. *de actionibus certo tempore finiendis* (IV. 14.), L. 3. Just. C. *de praescriptionib. 30 vel 40 annor.* (VII. 39.) u. L. 5. §. 6. D. *de doli mali et metus exceptione* (IV. 4.) „Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit, quum actor quidem in potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur". L. 5. C. *de except.* (VIII. 36.).

Register.

Die mit * bezeichneten Ausdrücke finden sich nicht in den Quellen.

B.

C.

D.

M.

N.

O.

P.

Halle,
Gebauer-Schwetschke'sche
Buchdruckerei.

Berichtigungen.

Seite 4 Note 2. lies Servius statt Cervius.
— 39 Zeile 12 lies consultationes st. consulationes.

